DIE FUNKTION DES SCHMERZENSGELDES

DISSERTATION

zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Jürgen Jülch

aus Saarbrücken

Saarbrücken
1978

DIE FUNKTION DES SCHMERZENSGELDES

Dissertation
zur Erlangung des Grades
eines Doktors der Rechtswissenschaft
des Fachbereichs Rechtswissenschaft
der Universität des Saarlandes

vorgelegt von

Jürgen Jülch

aus Saarbrücken

Saarbrücken 1978

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 20.11.1978

Dekan Prof.Dr. Bauer

1. Berichterstatter: Prof.Dr. Schultz

2. Berichterstatter: Prof.Dr. Bähr

Literaturverzeichnis

Abdulrahman-Naji Ghuzi	Le Préjudice moral et sa Réparation en Droit Suisse, Diss. Genf 1970
Arzt, Günther	Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 30, Tübingen 1970
Aubry et Rau	Cours de droit civil francais, 6. Aufl., Paris 1951
Baudry-Lacantinerie-Barde	Traité théorique et practique de droit civil, Des obligations, Teil 2, Bd. III, 3. Aufl., Paris 1908
Baumann, Jürgen	Strafrecht, Allgem. Teil,8. Aufl., Bielefeld 1977
ders.	Schuld und Sühne als Grundproblem heutiger Strafrechtspflege? Weitere Streitschriften zur Strafrechtsreform, Bielefeld 1969, 110 ff
Beauvais, Ernst von	Das Verhältnis von Vermögens- und Nichtvermögensschaden unter besonderer Berücksichtigung des Schmerzensgeldes, Bonner Diss. 1959
Beier, Hubert	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.9.1952 - III ZR 340/51 -, MDR 1954,591
Bell, Rodger	The Law of Torts, London 1964
Beudant, Charles	Cours de droit civil francais, Bd. IX 2. Aufl., Paris 1952
Bloemertz, Carl	Die Schmerzensgeldbegutachtung, 3. Aufl., Berlin-New York 1971
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1969
Bocer, Heinrich	Disputationes de Universo quo utimus iure, 3. Aufl., 1. Teil, 1636
Bocksch, Hugo	Die rechtliche Natur der gemeinrechtlichen Schmerzensgeldklage, Bromberg 1898
Böhmer, Emil	Schmerzensgeld und Vermögenslage des Schädigers, RdK 1953, 146 ff
ders.	Billige Entschädigung in Geld, VersR. 1954, 105 ff

ders.	Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 6.7.1955 - GZS 1/55 -, JZ 1955,675
Böhmer, Justus Henning	Introductio in ius Digestorum, Halae Magdeburgicae 1756
Bötticher, Eduard	Referat zum 45. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 45. DJT, Bd. II C S. 7 ff, München, Berlin 1965
Böttinger, Karl	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.9.52 - III ZR 340/51 -, Vers.R. 1953, 197
ders.	Schmerzensgeld und Haftpflichtversicherung, DAR 1951, 149
ders.	Schmerzensgeld und Haftpflichtversicherung, DAR 1954, 431
ders.	Keine Berücksichtigung der Haftpflichtversicherung bei der Bemessung des Schmerzensgeldes, VersR. 1950, 105
Brunner, Heinrich	Deutsche Rechtsgeschichte, II. Band, 2. Aufl., München u. Leipzig 1928
Brusiin, Otto	Zum Problem des immateriellen Schadens, Turku, (Finnland) 1966
Büren, Bruno von	Schweizer Obligationenrecht Allgem. Teil, Zürich 1964
Bydlinski, Franz	Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964
ders.	Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, Jur. Blätter 1965, S. 173 ff
Caemmerer, Ernst von	Reform der Gefährdungshaftung, Berlin New York 1971
Carl, Herrmann	Schmerzensgeld, Vermögensverhältnisse der Beteiligten und Haftpflichtversicherung, Akad.Z., 1937, 402
Carpzov, Benedikt	Practica nova imperialis saxonicae rerum criminalium, 8. Ausgabe, Wittebergae 1684

Clerk and Lindsell	On Torts, 11. Aufl., London 1954
Coing, Hans	Interessenberechnung und unmittelbarer Schaden, SJZ 1950, 865
Colin, Abroise et Capitant Henri	Cours élémentaire de droit civil francais, Band II, 10. Aufl., Paris 1948
Constantinesco, Leontin	Die Persönlichkeitsrechte im französischen Recht, ACP 159, 320 ff
Cosack, Konrad	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 7. Aufl., Jena 1922
Curtis, Friedrich	Psyche und Schmerz, Medizinische Klinik 1955, 1691
Degenkolb, Heinrich von	Der spezifische Inhalt des Schadensersatzanspruches, Archiv für civilistische Praxis, Bd. 76, S. 1 ff
Demogue, René	Traité des obligations en général, Bd. IV, Paris 1924
Dernburg, Heinrich	Lehrbuch des preußischen Privatrechts, II. Band, Halle 1878
Deutler, Karl-Friedrich	Schmerzensgeld. Seine Bedeutung und Grundlagen für seine Bemessung, Diss. Kiel 1956
Deutsch, Erwin	Schmerzensgeld und Genugtuung, JUS 1969, S. 197 ff
ders.	Methode und Konzept der Gefährdungshaftung, VersR 71, 1 ff
ders.	Anm. zu BGH, Urteil vom 6.7.1955 - GZS 1/55 -, JZ 1970, 548 ff
Dickertmann, Werner	Preisverzeichnis für Schmerzensgeld, NJW 1954, 1757
Dohna, Albert, Graf zu	Die Privatgenugtuung, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 225
Dorville, Armand	De l'interêt moral dans les obligations, Thèse, Paris 1901

Ehrenzweig, Albert	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.9.1952 - III ZR 340/51 - in: VersR. 1953,80
Eickhoff, Rudolf	Die Bemessung des Schmerzensgeldanspruches als Sonderform des Anspruches auf Wiedergutmachung, Diss., Hamburg 1957
Elterlein, L. von	Abhandlungen über das Schmerzensgeld, Neue Jahrbücher für Sächsisches Strafrecht II, S. 115 ff
Enneccerus/Lehmann	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Ermann, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., 5. Aufl., Münster 1972
Esmein, Paul	Les astreintes, Leurs nouvelles applications Gazette de Palais 1941 I, Doctrine 81-83
Esser, Josef	Schuldrecht, Band 1, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970
Fischer, Hans Albrecht	Der Schaden nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1903
Förster-Eccius	Preußisches Privatrecht II. Band, 7. Aufl., 1896
Freud, Sigmund	Das Unbehagen in der Kultur, London 1948
Ganot, Jean	La réparation du dommage moral, Thèse, Paris 1924
Geelhaar, Wolfgang	Zur Bemessung des Schmerzensgeldes, NJW 53, 1281 ff
ders.	Der Beschluß des großen Senats für Zivilsachen über die Bemessung des Schmerzensgeldes, DAR 1955, 261
ders.	Der Anspruch des Unfallverletzten auf Schmerzensgeld, DAR 1954, 1 ff
Geigel, Reinhardt	Die Höhe des Schmerzensgeldes, NJW 1954, 706

ders.	Anmerkung zu: BGH, Urteil vom 29.9.52 - III ZR 340/51 - in: NJW 53,99
Gensler	Theoretisch-praktische Bemerkungen über den Grund, das Objekt und die Grenze, der bei den Iniurien vorkommenden aestimatorischen Klage, der Schmerzensgeldforderung und der Klage aus dem Äquilischen Gesetz, ACP 1, 143 ff
Großfeld, Bernhard	Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Frankfurt a.M. und Berlin 1961
Gruchot, J. A.	Glossen zum Allgemeinen Land-Recht, Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des preuß. Rechts, 40. Jahrg. S. 175 ff
Guenther, Horst	Schmerzensgeld, Stuttgart 1964
Guhl, Theo	Das schweizerische Obligationenrecht mit Einschluß des Handels- und Wertpapierrechts, 6. Aufl., bearb. v. Hans Merz und Max Kummer, Zürich 1972
Halsbury, Earl of	The laws of England, 3. Aufl., London 1955
Hartmann, Peter	Persönlichkeitsrecht und Schmerzensgeld, NJW 1962, 12 ff
Hartung, Hans-Rudolf	Haftpflichtversicherung und Schmerzensgeld, NJW 1957, S. 125 ff
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Heimer, Anton	Das Schmerzensgeld, Diss. Köln, 1943
Hellmer, Joachim	Zur Bedeutung der neuen Schmerzensgeldrechtsprechung für das Strafrecht in Festschrift für H. Mayer, Berlin 1966, S. 665 ff
Hirsch, Hans Joachim	Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht, Festschrift für K. Engisch, Frankfurt 1969, 304 ff
Hofstetter, Rolf	Zur Geschichte des Schmerzensgeldes, Diss., Heidelberg 1961
Honsell, Heinrich	Die Funktion des Schmerzensgeldes, VersR. 1974, 205 ff

Huber, Eugen	System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Band IV, Basel 1893
Hubmann, Heinrich	Das Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl., Köln-Graz 1967
Ihering, Rudolf von	Geist des röm. Rechts, Teil I, 10. Aufl., Aalen 1968
ders.	Ein Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn, Iherings Jahrbücher, Bd. 18, 1 ff
ders.	Kampf ums Recht, Leipzig und Wien 1872
ders.	Vermischte Schriften juristischen Inhalts, Nachdruck der Ausgabe Leipzig 1879, Aalen 1968
Jäggi, Peter	Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79, 133 ff
Jarosch, Klaus/Müller Otto/Piegler, Josef	Das Schmerzensgeld in medizinischer und juristischer Sicht, 3. erweiterte Auflage, Wien 1972
Jenks, Edward	Book of English Law, 6. Aufl., London 1967
Jochem, Reiner	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 3.12.1974 - IV ZR 1/74 - in: JR 1975,327 ff
Joers/Kunkel,Wenger	Römisches Privatrecht. Auf Grund des Werkes von Paul Jörs in 2. Aufl. neu bearbeitet von Wolfgang Kunkel. 3. Aufl., Heidelberg, Berlin, Göttingen 1949
Josserand, Louis	Cours de droit civil positif francais, Bd. 2, 3. Aufl., Paris 1939
Kaser, Max	Das Römische Privatrecht. 1. Abschnitt, 2. neubearb. Aufl., München 1971
Keuk, Brigitte	Vermögensschaden und Interesse, Bonn 1972
Kiessling, Walter	Das Problem der Bemessung des Schmerzensgeldes, Diss. Freiburg 1960
Klang-Wolff	Kommentar zum AGBGB, 2. Aufl., Bd. VI, 1951

Klickermann, Hans	Die Entschädigung für Nichtvermögensschaden, Stuttgart 1940
Knöpfel, Gottfried	Billigkeit und Schmerzensgeld, ACP 155, 135
Koetz, Heinrich	Haftung für besondere Gefahr, ACP 170,1 ff
Kohler, Josef	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Teil, Berlin 1906
Köndgen, Johannes	Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden, Berlin 1976
Koziol, Helmut	Österreichisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, Wien 1973, 1. Allgemeiner Teil
Kranz, Heinrich	Über den Schmerz, Aufsätze und Reden der Naturforschenden Gesellschaft, S. 1 ff, Frankfurt a. M. 1947
Kress, Hugo	Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, unveränderter Neudruck der Ausgabe, München 1929; Aalen 1974
Krüger-Nieland, Gerda	Referat zum 45. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 45. DJT, Bd. II C, 531 ff, München, Berlin 1965
Langen, Dietrich	Schmerz und Schmerztherapie aus psychiatrisch-psychotherapeutischer Sicht, Schmerz und Schmerztherapie, Stuttgart 1971, S. 136 ff
Larenz, Karl	Die Berücksichtigung hypothetischer Schadensursachen bei der Schadensermittlung, NJW 1950, 487
ders.	Zur Abgrenzung des Vermögensschadens vom ideellen Schaden, VersR. 1963, S. 312 ff
ders.	Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1970
Lehmann, Henrich	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.9.1952 - III ZR 340/51 -, JZ 1953, 41 ff
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht, Band I, München u. Berlin 1929
Lischke, Gottfried	Aggression und Aggressionsbewältigung, 2. Aufl., Freiburg, München 1973

Liszt, Franz von	Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines BGB herausgegeben von Becker und Fischer, 1889, 5. Heft
ders.	Anmerkung zu OLG Köln, Urteil vom 19.4.1917, JW 1917, 713
Mainzer, Robert	Die aestimatorische Injurienklage in der geschichtlichen Entwicklung, Stuttgart 1908
Mc Cormick, Charles	Handbook on the law of damages, St. Paul (Minnesota) 1935
Mc Gregor, Harvey	On Damages, 13. Aufl. London 1972
Mataja, Victor	Das Schadensrecht im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Archiv für bürgerl. Recht, S. 267 ff
Max-Planck-Institut für ausländisches u. internationales Privatrecht	Der zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika, Tübingen 1960, (zitiert: MPI-Gutachten)
Mazeaud, Henri et Léon et Tunc André	Traité theorique et practique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle, Bd. 1, Paris 1966
Mees, Ulrich/Schuh, Horst	Situation und habituelle Bedingungsfaktoren menschlichen Verhaltens, Beiträge zur Konfliktforschung 1972, S. 59 ff
Mellor, J. Leigh	Teach Yourself the Law, London 1962
Menger, Anton	Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl. 1904
Mertens, Hans-Joachim	Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967
Merz, Ferdinand	Aggression und Aggressionstrieb, Handbuch der Psychologie Bd. II, Göttingen 1965, S. 569 ff
Meyer, Dieter	Entscheidungsrezension, JuS 1975, 87

Mommsen, Friedrich	Zur Lehre vom Interesse, Braunschweig 1855
Müller, Max Ludwig	Die Bedeutung des Kausalzusammenhangs im Straf- und Schadensersatzrecht, Tübingen 1912
Neumann	Der Zivilschaden, Iherings Jahrbücher 86, 277 ff
Neuner, Robert	Interesse und Vermögensschaden, ACP 133, 277 ff
Neuwald, Jost	Der zivilrechtliche Schadensbegriff und seine Weiterentwicklung in der Rechtsprechung, München 1968
Niederländer, Herbert	Schadensersatz bei Aufwendungen des Geschädigten vor dem Schadensereignis, JZ 1960, 617 ff
Niemeyer, Jürgen	Genugtuung des Verletzten und Buße, Diss. Tübingen 1972
Nörr, Dieter	Zum Ersatz des immateriellen Vermögensschadens nach geltendem Recht, ACP 158, 1 ff
Oertmann, Paul	Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901
Oftinger, Karl	Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, Allgem. Teil 4. Aufl., Zürich 1975
Oser, Hugo	Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. 5, Allgem. Teil, Art. 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929
Palandt	Kommentar zum BGB, 35. Aufl., München, Berlin 1976 (zitiert: Palandt/Verfasser)
Peterßen, Werner	Das "Schmerzensgeld" - ein Entschädigungsanspruch, JW 1936, S. 2965 ff

Pfaff, Leopold	Zur Lehre von Schadensersatz und Genugtuung nach österreichischem Recht. Ein Gutachten dem österreichischen Advokatentage erstattet, in: Drei Gutachten über die beantragte Revision des 30. Hauptstückes im II. Theile des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches. Dem österreichischen Advokatentage erstattet von Pfaff, Rand und Strohal, Wien 1880
Planiol, Marcel et Ripert, Georges	Traité pratique de droit civil français, Bd. VI, 2. Aufl., Paris 1952-54, (zitiert: Planiol)
Pohle, Rudolf	Anmerkung zu BGH, Beschluß vom 6.7.1955 - GZS 1/55 - in: MDR 1956,24
Pollock, Frederik	The law of Torts, 15. Aufl., London 1951
Puchta, Friedrich	Pandekten, 11. Aufl., Leipzig 1872
Purgoldt, Johannes	Das Rechtsbuch nach Distinctionen nebst einem eisenachischen Rechtsbuch, Jena 1836 (Sammlung Deutscher Rechtsquellen, Bd. I)
Raber, Fritz	Grundlagen klassischer Injurienansprüche, Wien, Köln, Graz 1969
Referentenentwurf	eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften, vorgelegt von Bundesministerium der Justiz, 1967
Reichsgerichtsrätekommentar	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., II. Bd., 2. Teil, §§ 705-855, Berlin 1960
Remé, Thomas	Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz, Rechtsvergleichende Beiträge zum Schadensrecht, Frankfurt a. M., Berlin 1962
Ripert, Lucienne	La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle, Paris 1933
Rötelmann, Wilhelm	Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrecht nach schweizerischem Recht, ACP 160, S. 366 ff

Salmond, John	On the law of torts, 12. Aufl., London 1957
Sauerbruch-Wenke	Wesen und Bedeutung des Schmerzes, 2. Aufl., Frankfurt a.M., Bonn 1961
Savatier, René	Cours de droit civil, Bd. II, 2. Aufl., Paris 1949
Schmid, Wolfgang	Schmerzensgeld und Gefährdungshaftung, Diss. Bonn 1971
Schmidt, Georg	Das Schadensersatzrecht des Entwurfs, Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB,1890, S. 1183 ff (zitiert: Schmidt/Gutachten)
Schmidt-Mummenday, Amélie	Aggressives Verhalten, München 1971
Schmidt-Schlegel, Wilhelm	Die Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden im deutschen, französischen und englischen Recht, Diss. Tübingen 1950
Schröder, Richard	Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl., Leipzig 1902
Scott, J. P.	Hostility and Aggression, in Benjamin Wolman (ed.), Handbook of General Psychologie, Englewood cliffs (N.J.) 1973, S. 707 ff
Seitz, Karl Joseph	Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage, Erlangen 1860
Selb, Walter	Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963
Seng, Alfred	Zur Frage der Vergütung nicht ökonomischer Schäden aus Delikten, Archiv für bürgerl. Recht, Bd. 5, S. 336 ff
Seydel, Helmut	Zwischenbilanz der Schmerzensgelddebatte, NJW 54, 1017 ff
Staiger, Hans Rudolf	Genugtuungsansprüche gegen Massenmedien, Diss. Zürich, 1975

Staudinger	Kommentar zum BGB II, Schuldverhältnisse, 5. Teil §§ 823-853, 10./11. Aufl., Berlin 1975 (zitiert: Staudinger/Bearbeiter)
Stiefel, Ernst	Deutsche Unfälle vor Amerikanischen Gerichten, Vers. Wirtschaft 1959, Sonderbeilage zu Nr. 9, S. 1 ff
Stobbe, Otto	Handbuch des deutschen Privatrechts, III. Band, 3. Aufl., Berlin 1898
Stoll, Hans	Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden? Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag, München, Berlin 1964, (zitiert: Stoll, Gutachten)
ders.	Begriff und Grenze des Vermögensschadens, Karlsruhe 1973
Strasser, Rudolf	Der immaterielle Schaden im österreichischen Recht, Wiener rechtswissenschaftl. Studien, Bd. 1, Wien 1964
Street, Harry	The law of torts, 2. Aufl., London 1959
Struve, Georg Adam	Jurisprudentia Romano-Germania forensis. Ed. 16, Groningae 1737
Stryk, Samuel	Usus modernus Pandektarum, Tom. I, Editio IV, Halae 1713
Tercier, Pierre	Contribution à l'étude du Tort moral et sa Réparation en droit civil suisse, Diss. Fribourg 1971
Thees	Schmerzensgeld und Haftpflichtversicherung, DJ 1941, 617 ff
Tuhr, Andreas von	Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. Aufl., Zürich 1974
Underhill, Arthur	A Summary of the law of torts, 16. Aufl., London 1949

Walsmann, Heinz	Compensatio lucri cum damno, Rostock 1900
Walter	Bestimmt die Vermögenslage des Schädigers die Höhe des Schmerzensgeldes? NJW 1936 III, S. 2773
Wächter, Karl Georg von	Die Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht, Leipzig 1874
Weigelt, Werner	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.9.52 - III ZR 340/51 -, in: JZ 1953,41
ders.	Streiflichter, DAR 1953, S. 13 ff
Wiese, Günther	Der Ersatz des immateriellen Schadens, Tübingen 1964
Wilburg, Walter	Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, Ih. Jb. 82, 51 ff
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, II. Band, 1. Aufl., Düsseldorf 1862 und 4. Aufl., Düsseldorf 1875
Wussow, Werner	Die Bemessung des Schmerzensgeldanspruches, DRZ 1950, S. 272 ff

Abkürzungsverzeichnis

All.E.R.	All England Law Reports
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
Cass.civ.	Cour de Cassation, Chambre civile
Cass.crim.	Cour de Cassation, Chambre criminelle
Cass.Req.	Cour de Cassation, Chambre de Requêtes
D.H.	Dalloz Recueil Hebdomadaire
D.P.	Dalloz Recueil Periodique
E.R.	English Reports
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der österreichischen Juristenzeitung
Gaz.Pal.	La Gazette du Palais
JBL	Juristische Blätter
J.C.P.	Juris-Classeur Periodique
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
OGH	Oberster Gerichtshof der Schweiz
S.E.	South Eastern Reporter
Sir.	Sirey, Journal du Palais
S.W.	South Western Reporter
Taunt	Taunton's Common Pleas Report
T.L.R.	Times Law Report
Trib.civ.	Tribunal civil
Trib.com.	Tribunal de commerce
Q.B.	Queens Bench Reports
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Bezüglich der übrigen gebrauchten Abkürzungen

vgl.	Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., Berlin 1968

GLIEDERUNG

	Seite
EINLEITUNG	1
1. Kapitel: Der Begriff des Schmerzensgeldes	5
I) Die gesetzliche Regelung des BGB	6
A) Begriff des Schadens	7
1) Der Begriff des Vermögensschadens	9
a) Das Vermögen	10
b) Die Interessetheorie	11
c) Der objektive Schadensbegriff	13
2) Der Begriff des Nichtvermögensschadens	19
3) Formen des Nichtvermögensschadens	23
B) Die Stellung des § 847 im schadensrechtlichen System des BGB	27
Schmerzensgeld und Naturalrestitution	28
2. Kapitel: Überblick über die historische Entwicklung des Schmerzensgeldanspruches	32
I) Das Römische Recht	33
A) Die Bußtaxen des Zwölftafelgesetzes	34
B) Die actio iniuriarum	36
1) Die einzelnen Tatbestände der actio iniuriarum	39
C) Die actio legis Aquiliae	42
II) Das Germanische Recht	44
A) Die Fehde als Folge des Friedensbruches	45
B) Das Bußtaxensystem des germanischen Rechts	46
C) Funktion der Bußansprüche	48

Seite

III) Das Gemeine Recht 48

A) Die Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs im Gemeinen Recht 48

B) Die Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruchs im Gemeinen Recht 54

C) Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs im Gemeinen Recht 57

D) Bemessungsgrundsätze für den Schmerzensgeldanspruch im Gemeinen Recht 58

IV) Der Schmerzensgeldanspruch und die partikularrechtlichen Kodifikationen 60

A) Bayern 60

B) Württemberg 61

C) Baden 61

D) Hessen 63

E) Braunschweig, Thüringen, Altenburg 63

F) Sachsen 64

G) Preußen 67

1) Die gesetzliche Regelung 67

2) Die Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruchs im Preußischen Recht 68

V) Die Bußvorschriften des StGB von 1871 und ihre Bedeutung für die Frage nach der Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruchs 70

VI) Zusammenfassung 73

3. Kapitel: Überblick über die Gewährung von Schmerzensgeld in ausländischen Rechtsordnungen 75

I) Österreich 75

II) Schweiz 82

Seite

III) Frankreich 90
IV) England 99
A) Compensatory damages 102
B) Exemplary damages 104
C) Nominal damages 108
V) Vereinigte Staaten 108

4. Kapitel: Materialien zum BGB 113

5. Kapitel: Funktion des Schmerzensgeldes 118
I) Die Entwicklung der Schmerzensgeldtheorien in Rechtsprechung und Lehre 118
A) Die Ausgleichstheorie 118
B) Kritik der Ausgleichstheorie 123
C) Die Genugtuungstheorie 126
D) Kritik der Genugtuungstheorie 131
1) Exkurs: Die Entstehung und der Abbau von Aggressionen 135
a) Aggression als Triebfolge 136
b) Aggression als Folge von Frustration 137
c) Aggression als gelernte Verhaltensweise 139
2) Bedeutung der Aggressionshypothesen für die Genugtuungstheorie 140
3) Genugtuung als Ausgleich im weitesten Sinne 144
4) Genugtuung und Strafe 146
5) Genugtuung und Privatstrafe 151
6) Genugtuung und Abschreckung 152
7) Privatstrafe und Zivilrechtsordnung 154
8) Privatstrafe und Strafrechtspolitik 157

Seite

9) Die Umgehung strafrechtlicher Rechtsgarantien durch die Gewährung von Genugtuung im Rahmen des § 847 158
a) Verstoß gegen allgemeine Grundsätze des Strafprozesses 158
b) Die poenale Wirkung der Genugtuung und Art. 103 II GG 160
c) Die poenale Wirkung der Genugtuung und Art. 103 III GG 162
d) Die poenale Wirkung der Genugtuung und Art. 101 GG 164
10) Genugtuung und Zivilrechtsdogmatik 165
E) Die durch den Überwindungsgedanken modifizierte Wiedergutmachungstheorie 167
IV) Schmerzensgeld und allgemeines Persönlichkeitsrecht 173

6. Kapitel: Die Festsetzung des Schmerzensgeldes 178
I) Der Begriff der Billigkeit 178
II) Das Verschulden des Schädigers als Kriterium für die Festsetzung des Schmerzensgeldes 184
A) Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre 184
B) Kritik der herrschenden Meinung 186
III) Die Vermögensverhältnisse des Schädigers als Kriterium für die Festsetzung des Schmerzensgeldes 189
A) Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre 189
B) Kritik der herrschenden Meinung 191

Seite

IV) Die Haftpflichtversicherung des Schädigers und die Festsetzung des Schmerzensgeldes 197

A) Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre 197

B) Kritik der herrschenden Meinung 200

V) Unberechtigte Zahlungsverweigerung des Versicherers und die Festsetzung des Schmerzensgeldes 203

VI) Die Vermögensverhältnisse des Geschädigten als Kriterium für die Festsetzung des Schmerzensgeldes 204

A) Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre 204

B) Kritik der herrschenden Meinung 206

7. Kapitel: Überlegungen de lege ferenda 209

I) Die Ansicht des 42. Deutschen Juristentages 209

II) Die Ansicht des 45. Deutschen Juristentages 210

III) Der Entwurf von 1967 212

IV) Kritik des Entwurfs von 1967 213

Einleitung

Die Frage nach der Funktion des Schmerzensgeldes ist bislang in der juristischen Literatur recht stiefmütterlich behandelt worden, wie überhaupt der Geldersatz für Nichtvermögensschäden weitaus seltener zur Diskussion gestanden hat als die Probleme um den Ausgleich vermögensrechtlicher Schäden.
Zwar befaßte sich der Deutsche Juristentag bereits zweimal - in den Jahren 1957 und 1964 - mit der Problematik, ob unter rechtspolitischen Gesichtspunkten noch an der geltenden gesetzlichen Regelung des § 847 BGB festgehalten werden könne: Dies geschah jedoch vornehmlich mit der rechtspolitischen Zielsetzung, eine Geldentschädigung für den durch die Verletzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts verursachten immateriellen Schaden zu normieren. Das Schrifttum - und dies gilt für Rechtsprechung und Lehre gleichermaßen - befaßte sich lange Zeit lediglich mit Einzelproblemen, die insbesondere in der Praxis bei der Festsetzung des Schmerzensgeldbetrages auftauchten. So ging es vornehmlich um die Frage, ob etwa der Grad des Verschuldens, das der Schädiger an den Tag gelegt hatte, oder gar die Vermögensverhältnisse der Beteiligten auf die Höhe des Schmerzensgeldes Einfluß nehmen könnten. Auch stritt man darüber, ob die Tatsache, daß der Schädiger eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hatte, es gestatte, dem Verletzten ein höheres Schmerzensgeld zu gewähren.
Die Grundproblematik um die Funktion des Schmerzensgeldes und die damit verbundene Frage nach dem Normzweck des § 847 BGB ist immer nur am Rande behandelt worden, obwohl man sie eigentlich ganz am Anfang der Untersuchung hätte erwarten können. Immerhin steht nämlich zu vermuten, daß das Ergebnis einer Funktionsanalyse des Schmerzensgeldes auch die richtige Beantwortung der anfallenden Einzelfragen erleichtern und auf eine gemeinsame dogmatische Grundlage stellen kann.

Dem großen Senat des BGH kam die verdienstvolle Aufgabe zu, in seiner Entscheidung vom 6.7.1955, die auf Vorlage des IV. Zivilsenates erging, der Frage nach der Rechtsnatur des Schmerzensgeldes erstmalig auf den Grund zu gehen. In dieser Entscheidung brach der BGH mit der bisherigen Ansicht, die dem Schmerzensgeld bloßen Schadensersatzcharakter zusprach, und wies ihm eine doppelte Funktion zu.
Einerseits sollte durch die Gewährung eines Schmerzensgeldes dem Geschädigten ein Ausgleich für den erlittenen immateriellen Schaden geboten werden, andererseits aber auch dem Gedanken Rechnung getragen werden, daß der Schädiger dem Geschädigten für das, was er ihm angetan hat, Genugtuung schulde. Zur Begründung seiner Ansicht stützte sich der BGH auf Argumente aus der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Schmerzensgeldanspruches; den Begriff der Genugtuung übernahm er aus dem Schweizer Zivilrecht. Diese Theorie von der Doppelfunktion des Schmerzensgeldes, die durch die Einführung des Genugtuungsgedankens eine Berücksichtigung des Verschuldens auf Seiten des Schädigers und der Vermögensverhältnisse der Beteiligten ermöglichte, hat viele Anhänger gefunden und kann heute als in Rechtsprechung und Lehre herrschend betrachtet werden.

Der Genugtuungsgedanke trat in den im Anschluß an den Beschluß des Großen Senats ergangenen Entscheidungen immer mehr in den Vordergrund und gewann schließlich bei der Frage, ob die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch eine Geldentschädigung sanktioniert werden könne, zentrale Bedeutung für die Funktion dieses Entschädigungsanspruches. In einem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums aus dem Jahre 1967 schließlich wurde für die Neufassung des § 847 BGB vorgeschlagen, dem Geschädigten eine "angemessene Entschädigung einschließlich einer Genugtuung für die erlittene Unbill" zu gewähren.

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, die Diskussion um die Funktion des Schmerzensgeldes, die seit der Entscheidung des Großen Senats nahezu zum Stillstand gekommen ist, wiederzubeleben. Der Verfasser hat es zu seinem Hauptanliegen gemacht, die Genugtuungsfunktion und insbesondere den von der herrschenden Meinung in sie hineininterpretierten Sühnegedanken kritisch zu betrachten. Es ist zu fragen, ob nicht durch die Einführung des Sühneelements in unzulässiger Weise systemwidrige poenale Elemente in unser Zivilrecht eingeführt worden sind. Es wird versucht an Hand der historischen Vorbilder die Entwicklung des Schmerzensgeldes vom klassischen römischen Recht bis zum heutigen Tage zu verfolgen, um feststellen zu können, ob sich hieraus, wie der BGH meint, Rückschlüsse auf die gegenwärtige Rechtsnatur herleiten lassen.

Ein Ausblick in ausländische Zivilrechtsordnungen soll zeigen, daß auch dort das Problem der Funktionsbestimmung des Schmerzensgeldes diskutiert wird. Ziel des Berichtes über die in anderen Ländern gemachten Lösungsvorschläge ist es aber nicht, im Wege der Rechtsvergleichung unmittelbar Schlüsse auf die Beantwortung der Frage nach der Funktion des Schmerzensgeldes im deutschen Recht zu ermöglichen. Es sollen vielmehr lediglich Denkanstöße gewonnen und geprüft werden.

Die Funktionsanalyse des Schmerzensgeldes führt den Verfasser unter Ablehnung der von der herrschenden Meinung vertretenen Genugtuungstheorie auf eine Theorie der Wiedergutmachung, die jedoch durch den Überwindungsgedanken wesentlich modifiziert wird; die aktive Beteiligung des Verletzten an der Reduzierung der bei ihm eingetretenen subjektiven Lebenshemmung ist in den Vordergrund gerückt. Sie ermöglicht es die mit der Festsetzung des Schmerzensgeldes verbundenen Einzelprobleme - ins-

besondere die Berücksichtigung des Verschuldens und der Vermögensverhältnisse der Beteiligten - einer sachgerechten Lösung zuzuführen.

1. Kapitel

Der Begriff des Schmerzensgeldes

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt den Terminus Schmerzensgeld nicht. Das Gesetz spricht in § 847 lediglich davon, daß der Verletzte "auch wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist", eine billige Entschädigung in Geld verlangen kann. Im allgemeinen Sprachgebrauch der juristischen Literatur hat sich jedoch für den Gegenstand der Ansprüche aus § 847 der Ausdruck Schmerzensgeld eingebürgert[1].

Bei der Verwendung des Wortes "Schmerzensgeld" muß beachtet werden, daß hiermit die Zubilligung einer Vergütung nicht nur für körperliche Schmerzen, sondern auch für die Folgen einer Verletzung immaterieller Rechtsgüter gemeint ist[2]. Dies ergibt sich aus einer sachgerechten Interpretation des Schmerzbegriffes. Im Sprachgebrauch des täglichen Lebens werden mit dem Wort Schmerz völlig verschiedene seelische Erlebnisse bezeichnet[3]. Zum einen versteht man darunter ein körperliches, lokalisiertes Unlustgefühl (Kopfschmerzen) oder aber einen bestimmten unlustbetonten Vitalzustand einer Person (allgemeines Unwohlsein, Zerschlagenheit). Zum anderen kann der Schmerz auch Ausdruck einer bestimmten, gegenstandsbezogenen seelischen Empfindung sein (Schmerz über den Tod der Mutter) oder er drückt einen nicht mehr gegenstandsbezogenen geistig seelischen Zustand aus (Weltschmerz).

Es erscheint daher berechtigt, die Folgen der Verletzung immaterieller Rechte wegen ihrer Vielschichtigkeit als Schmerz zu bezeichnen und damit die körperlichen Schmerzen und Unannehmlichkeiten sowie das gesamte seelische Leid zu umfassen[4]. So heißt es bei Kranz[5], der Schmerz sei eine an der Wurzel unserer vitalen Existenz stehende Empfindung, die aus physischen und

---

1) Diese Bezeichnung soll auch in der vorliegenden Arbeit beibehalten werden
2) so auch Eickhoff, S. 2
3) siehe hierzu Sauerbruch-Wenke, S. 49
4) so auch Günther, S. 23
5) Reden der Naturforschenden Gesellschaft, S. 8 ff

psychischen Quellen Zuflüsse erhalte und ferner selbst als erlebter Schmerz ständig Quelle zusätzlicher seelischer Mißempfindungen (unlustbetonter Gefühle) sei. Der Schmerz könne daher als Oberbegriff für das menschliche Leid angesehen werden.

Im Vergleich mit dem etwas umständlichen Gesetzeswortlaut hat die Verwendung des Wortes Schmerzensgeld abgesehen von Klarheit und Prägnanz den Vorteil, daß es wertneutral ist und sich darauf beschränkt, die Veranlassung des Geldleistungsanspruchs anzudeuten[6]. Der vom Gesetzgeber gewählte Ausdruck "Entschädigung", der seinem Wortsinne nach nichts anderes bedeutet als Schadensersatz - allerdings über die bloße Restitution hinaus - impliziert, daß ein solcher Ersatz tatsächlich möglich ist; ob dies jedoch bei Schmerzen ohne weiteres der Fall ist, soll erst im Folgenden untersucht werden.

I) Die gesetzliche Regelung des BGB

Das Gesetz beschreibt in § 847 den Schaden, für den eine Entschädigung gezahlt werden soll, als "Schaden, der nicht Vermögensschaden ist." Dieser Schaden wird gemeinhin als Nichtvermögensschaden, immaterieller oder ideeller Schaden bezeichnet.

Schon die Formulierung des Gesetzgebers zeigt die Schwierigkeit, den immateriellen Schaden positiv zu bestimmen. § 847 wählt eine negative Formulierung, die zwei konkrete Aussagen enthält:

1. es liegt ein Schaden vor,
2. dieser Schaden ist kein Vermögensschaden.

Der Versuch, eine Begriffsbestimmung des Nichtvermögensschadens zu geben, muß daher von diesen beiden vom Gesetz gemachten Aussagen ausgehen.

---

6) so auch Eickhoff, S. 2

A) Begriff des Schadens

In der Umgangssprache ist die Bedeutung des Wortes Schaden überaus unbestimmt und vielschichtig; es wird synonym für Nachteil, Beeinträchtigung, Einbuße oder Minderung gebraucht. Das BGB spricht zwar in zahlreichen Vorschriften vom Schaden, für den jemand verantwortlich oder ersatzpflichtig ist. Der Gesetzgeber hat jedoch bewußt darauf verzichtet, den Schaden gesetzlich zu definieren. Er wollte die Ausfüllung dieses Begriffes der Rechtsprechung und der Rechtslehre überlassen, um so eine möglichst kontinuierliche Anpassung des Begriffsinhalts an die wechselnden Anforderungen des Lebens und die technisch-wirtschaftliche Entwicklung zu gewährleisten. In den Motiven heißt es hierzu:[7)]

> "Die Praxis wird uneingeengt durch eine gesetzliche Vorschrift auch fernerhin im Einzelfall sich zurechtfinden."

Zwar hatten auch die Väter des BGB eine bestimmte Schadensvorstellung, diese bezog sich jedoch vornehmlich auf den Vermögensschaden. Insbesondere dem Einfluß Windscheids bei den Beratungen der ersten Kommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches ist es zuzuschreiben, daß die gemeinrechtliche Lehre vom Interesse der schadensrechtlichen Konzeption des BGB zugrundegelegt wurde[8)]. Friedrich Mommsen[9)], der Hauptvertreter der Interessetheorie, hatte im Jahre 1855 das dem Schaden gleichzusetzende Interesse definiert als

> "die Differenz zwischen dem Betrage des Vermögens einer Person, wie derselbe in einem gegebenen Zeitpunkte ist, und dem Betrage, welches dieses Vermögen ohne die Dazwischenkunft eines bestimmten beschädigenden Ereignisses zu dem zur Frage stehenden Zeitpunkt haben würde."

Der Wortlaut des § 249 macht deutlich, daß die Verfasser des BGB diese Konzeption übernommen haben. Dort heißt es:

> "Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre."

---

7) Motive II, S. 19
8) siehe hierzu auch Neuwald, S. XVII
9) Zur Lehre vom Interesse, S. 3

Die von der Interessetheorie verwandte Definition des Schadens ist aber wesentlich enger als der Schadensbegriff des BGB. Dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist eine Beschränkung des Schadensbegriffes auf den Vermögensschaden, wie sie die Interessetheorie vornimmt, fremd. Ganz im Gegenteil: Aus den Vorschriften der §§ 253, 847, 1300 läßt sich klar ersehen, daß der Gesetzgeber den Schaden im Gegensatz zum gemeinen Recht gerade nicht mit dem Vermögensschaden gleichsetzt, sondern unter Schaden sowohl den Vermögens- als auch den Nichtvermögensschaden versteht. Aus dem Wortlaut der genannten Vorschriften ergibt sich, daß man von einem weitaus umfassenderen Schadensbegriff ausgehen muß, als es die Interessetheorie tut, denn Vermögens- und Nichtvermögensschaden sind Unterbegriffe eines einheitlichen Schadensbegriffes.

Die Interessetheorie, die für die Lösung der Probleme des Vermögensschadens von großer Bedeutung ist, bleibt daher die Antwort auf die Frage, was Schaden i.S.d. BGB ist, schuldig.

Ein richtig verstandener Schadensbegriff (im Rechtssinne) muß jede Beeinträchtigung eines menschlichen Interesses umfassen, gleichgültig, ob dieses Interesse materieller oder immaterieller Art ist; er muß jeglichen Nachteil, den ein Rechtssubjekt an seinen Rechtsgütern erfährt, erfassen. Nur ein solcher Begriff kann einen tauglichen Ansatzpunkt für die Bestimmung einzelner Schadensarten bieten.

Im Folgenden wird daher von einem Schadensbegriff ausgegangen, der definiert ist als:

> jeder unfreiwillige Nachteil, den ein Rechtssubjekt an seinen Vermögens- oder Nichtvermögensgütern erleidet[10].

Diese Definition umfaßt sowohl den ökonomischen als auch den immateriellen Schaden, einbezogen ist jede Einbuße, die Leib, Leben, Gesundheit, Ehre, Freiheit, Vermögen, Kredit, Erwerbsfähigkeit, Fortkommen usw. betrifft.

---

10) vgl. hierzu die Definition des Schadens bei Esser, Schuldrecht I, S. 270; Larenz, Schuldrecht I, S. 308

1) Der Begriff des Vermögensschadens

Der Begriff des Vermögensschadens war seit jeher in der juristischen Literatur umstritten. Er war lange Zeit hervorragender und bevorzugter Gegenstand schadensrechtlicher Diskussion; in der Rechtsprache wurde das Wort Schaden durchweg im Sinne von Vermögensschaden gebraucht.

Die Kontroverse um den Vermögensschaden ist auch heute noch nicht beigelegt, ja man kann sagen, die Kluft zwischen den Vertretern der einzelnen Theorien ist tiefer als je zuvor. Die überaus zahlreichen Beiträge der Literatur[11] haben nicht zu einer endgültigen Klärung der Problematik dieses Begriffes geführt. Die Vielzahl der angebotenen Lösungswege, die Fülle der Argumente und Gegenargumente haben Begriff und Grenzen des Vermögensschadens unsicher gemacht. Vereinzelt wird im Schrifttum dem herkömmlichen Instrumentarium der Schadenslehre schon jeder Wert abgesprochen, man spricht von einem desolaten und verworrenen Zustand dieses Rechtsgebietes und sieht das Schadensrecht in einer Krise[12].

Der Streit um den Begriff des Vermögensschadens entzündet sich immer wieder an der Frage nach der sachgerechten Lösung zahlreicher Einzelprobleme, also dort, wo im konkreten Falle zu prüfen ist, ob oder in welchem Umfang Schadensersatz geleistet werden muß. So werden beispielsweise folgende Fälle als problematisch angesehen: Ersatz des merkantilen Minderwertes und des Nutzungsausfalles bei Kraftfahrzeugunfällen[13], Ersatz für den Verdienstausfall des verletzten Arbeitnehmers trotz Ge-

---

11) siehe hierzu die umfassende Darstellung bei Mertens, S. 50 ff, der der Auffassung von 13 Autoren zum Schadensbegriff jeweils einen besonderen Abschnitt widmet, sowie Neuwald, S. 1 ff und Keuck, S. 1 ff

12) Stoll, S. 5; Keuck, S. 14

13) BGH 40, 345, 45,121

haltsfortzahlung[14], Ersatz für den Verlust der Arbeitskraft[15], Ersatz für die Einbuße an Freizeit[16], Ersatz für die nutzlose Aufwendung von Urlaub[17], sowie die Fälle der Drittschadensliquidation[18].

Ebenfalls problematisch ist, ob bei der Ermittlung des Vermögensschadens sog. Reserveursachen[19] zu berücksichtigen sind, und ob sich ein mit dem Schadensereignis verbundener Vorteil des Geschädigten, insbesondere die Leistung eines Dritten, schadensmindernd auswirkt (Vorteilsausgleichung)[20].

Schwierigkeiten bereitet auch die Frage, ob bei der Bemessung der Schadenshöhe eine konkrete oder eine abstrakte Schadensberechnung zugrundezulegen ist[21].

Es ist nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, auf all die aufgezählten Fragen einzugehen und die Problematik des Vermögensschadens zu vertiefen. Der Verfasser hat sich mit dem Vermögensschaden nur soweit auseinanderzusetzen, als eine Charakterisierung des Nichtvermögensschadens dies erfordert. Es soll daher im Folgenden nur einen Überblick über den Stand der Meinungen und die verschiedenen Lösungsansätze in der schadensrechtlichen Literatur gegeben werden.

a) Das Vermögen

Bei der Bestimmung des Vermögensschadens muß zunächst von dem Begriff des Vermögens ausgegangen werden. Als Vermögen wird die Gesamtheit der einer Person zustehenden geldwerten Güter bezeichnet[22]. Hierbei wird das Vermögen rein faktisch gesehen,

---

14) BGH VersR. 69,475
15) BGHZ 21,112 ff
16) BGHZ 54,45
17) BAG NJW 68,221
18) BGHZ 40,91; BGHZ 51,96
19) BGHZ 63,98
20) BGHZ 8,326;39,249
21) BGHZ 39,393
22) so etwa Larenz, a.a.O., S. 337

die Vermögenseigenschaft eines Gutes setzt ein bestimmtes Verhältnis zum Geld voraus. Zum Vermögen gehört also jedes Recht, das einen Vermögenswert hat, der in Geld gemessen werden kann.

Ein Vermögensschaden entsteht entweder durch die Verletzung eines Rechtes, das einen Vermögenswert hat oder aber durch die Verletzung eines Rechts, das nicht zum Vermögen gehört, - eines immateriellen Rechts- , wenn diese Rechtsverletzung eine Einbuße an materiellen Gütern des Betroffenen zur Folge hat; z.B. dann, wenn das Opfer einer Körper- oder Gesundheitsverletzung einen Verdienstausfall erleidet.

b) Die Interessetheorie

Die traditionelle Interesselehre, die sich auf die Differenztheorie Mommsens[23] gründet, sieht den Vermögensschaden in dem Unterschied zwischen der vom Schädiger verursachten Güterlage einer Person und der Güterlage, die ohne das Schadensereignis vorhanden wäre, wenn man den Ersatzanspruch unberücksichtigt läßt[24]. Der Schaden wird mit Hilfe der Differenzhypothese ermittel. Nach Fischer[25] soll der Schaden durch eine Rechenoperation festgestellt werden, indem man die gegenwärtige, infolge des schädigenden Ereignisses hervorgerufenen Vermögenslage mit einer gedachten, hypothetischen Vermögenslage vergleicht, die ohne das Dazwischentreten des Schadensereignisses vorhanden wäre. Eine etwaige Differenz dieser beiden Werte ergibt, ob überhaupt ein Schaden vorliegt, und wie hoch sich derselbe beläuft. Bei diesem Bewertungsvorgang werden nicht einzelne, durch das Schadensereignis betroffene Vermögens-

---

23) s.o. S. 7, Fußn. 9

24) Blomeyer, S. 171; Heck, S. 37; Leonhardt, S. 136; Palandt/Danckelmann, Vorbem. 1 zu § 249; Staudinger/Werner, Vorbem. 9 zu 249; siehe hierzu auch Neuwald, S. 2 ff

25) S. 21

werte miteinander verglichen, sondern zwei rechnerische Gesamtvermögenslagen. Alle einem Rechtsubjekt zustehenden Güter werden nach ihrem Geldwert geschätzt und summiert, nur vom Schadensfall nicht berührte Vermögensmassen können bei der Summierung außer Ansatz bleiben[26].
Vermögensschaden ist nach dieser Ansicht das aufgrund einer rechnerischen Gedankenoperation gewonnene ökonomische Ergebnis der Schädigung[27], die sämtliche Einzelfolgen eines Schadensereignisses umfassende Vermögensminderung[28]; diese wird als das Interesse bezeichnet.
Dieses Interesse ist ein subjektiver Begriff, es läßt "die Gruppierung aller in Frage stehender Vermögensbestandteile um ein Rechtssubjekt als Zentrum" klar und scharf hervortreten[29]. Da stets nur das Vermögen in seiner Gesamtheit betrachtet wird und sämtliche Einzelfolgen des Schadensereignisses als ein Schaden (Summenschaden) erfaßt werden, spricht man auch von einem ungegliederten Schadensbegriff.

Der von den Vertretern der Differenztheorie bei der Schadensberechnung zugrunde gelegte abstrakte Differenzbegriff ist schon unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB heftig angegriffen worden. Insbesondere Walsmann[30] und Oertmann[31] stellten der abstrakten Berechnung des Schadens als Vermögensdifferenz eine konkrete Schadensbetrachtung gegenüber. Sie wollen den Vermögensschaden in der konkreten Einbuße sehen, die ein Rechtssubjekt durch die Verletzung einzelner Vermögensbestandteile erleidet. Sie begründen ihre Auffassung damit, daß der "konkrete Schadensbegriff" dem vom BGB an die Spitze des Schadens-

---

26) Fischer, S. 25; Leonhard, S. 137
27) Oertmann, S. 10
28) Neuwald, S. 7
29) Fischer, S. 14
30) S. 10 ff
31) S. 6 ff

rechts gesetzten Grundsatz der Naturalrestitution weitaus eher entspreche, als der abstrakte Differenzbegriff.

c) Der objektive Schadensbegriff

In seiner vielbeachteten Abhandlung über "Interesse und Vermögensschaden" hat sich Neuner[32] gegen die alleinige Verwendung des subjektiven Interessebegriffes gewandt. Er schlägt vor, den Schadensbegriff in den objektiven Schaden und das subjektive Interesse aufzuspalten. Neuner will den Schaden nicht mehr als Differenz im Gesamtvermögen definieren, sondern als Verletzung eines "vermögenswerten Interesses, d.h. eines Gutes, das im Verkehr gegen Geld erworben und veräußert wird". Der objektive Vermögensschaden, der sich aus dem gemeinen Wert des beschädigten Objekts ergibt, sei daher als Mindestschaden stets zu ersetzen. Darüberhinaus stehe es dem Geschädigten frei, nachzuweisen, daß sein Schaden den objektiven Wert übersteigt; die Geltendmachung eines solchen weiteren, auf ein subjektives Interesse bezogenen Schadens sei nicht ausgeschlossen. Ebenso müsse der Geschädigte auch einen nur mittelbaren Schaden geltend machen können. Für die letzteren beiden Fälle könne für die Schadensberechnung allein die Differenzmethode in Betracht kommen.

Neuner mißt dem Schadensersatzanspruch eine rechtsverfolgende Funktion bei[33]; diese könne aus der Tatbestandsstrenge des deutschen Haftungsrechts abgeleitet werden, der Ersatzanspruch sei das Surrogat für das verletzte Recht. Der Schädiger könne sich dem Geschädigten gegenüber ebensowenig wie bei anderen rechtsverfolgenden Ansprüchen darauf berufen, dieser habe im Sinne der Differenzhypothese gar kein Vermögensinteresse an

---

32) ACP 133, 277 ff
33) S. 305

der Wahrung seiner Rechte. Es stehe dem Recht frei, sich einen eigenen Schadensbegriff mit normativem Charakter zu schaffen[34].

Dieser Ansicht hat sich auch Wilburg[35] angeschlossen; ebenso wie Neuner befürwortet er ein Nebeneinander von Wert und Interesse; er führt aus, daß objektiver Wertersatz und subjektiver Interesseersatz tragende Elemente des Schadensrechts seien, beide sollen "als sich schneidende Kreise den vollen Ersatz ausmachen". Zur Begründung seiner Meinung bezieht er sich im wesentlichen auf Neuner; auch er mißt dem Schadensersatzanspruch eine rechtsverfolgende Funktion zu.

Für einen gegliederten Schadensbegriff im Sinne von Neuner und Wilburg haben sich eine ganze Reihe von Autoren ausgesprochen, die sich jedoch im einzelnen in ihren Meinungen stark unterscheiden. Während die eine Gruppe eine Aufspaltung des Schadens in objektiven Verkehrswert und subjektives Interesse aus grundsätzlichen Erwägungen heraus bejaht[36], beschränken sich andere Autoren auf die Lösung spezieller Probleme[37].

Aus diesem Grunde besteht zwischen den Vertretern des objektiven Schadensbegriffes auch keine Einigkeit in der Begründung ihrer Ansicht. Während die einen[38] trotz der Aufgliederung des Schadensbegriffes an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzanspruches festhalten, rechtfertigen andere[39] ihre Abkehr von einem einheitlichen Schadensbegriff damit, daß sie dem Schadensersatzanspruch eine rechtspolitische Funktion beimessen. Für sie steht nicht mehr die Ermittlung des vollen

---

34) S. 307
35) Jher. Jb. 82,51 ff
36) Niederländer, JZ 1960; Nörr, ACP 158,1 ff; Bydlinski, S. 24 ff
37) Larenz, VersR. 63, S. 1 ff; NJW 1950, S. 487 ff; Coing, SJZ 1950, S. 865 ff
38) Neumann, S. 323; Niederländer, a.a.O.
39) Bydlinski, S. 29 ff; Coing, SJZ 1950, S. 871; Larenz, Schuldrecht I, S. 340

Schadens und sein Ausgleich im Vordergrund, sondern es werden Wertungskriterien herangezogen, mit deren Hilfe der Schaden auf Grund rechtlicher Ableitungszusammenhänge festgelegt wird. Auf diese Weise enthält der Schadensbegriff einen normativen Charakter.

Im Anschluß an die nicht näher begründete Aussage, daß der Ausgleichs- und Wiedergutmachungszweck den Anforderungen des Haftungsrechts nicht mehr genügt, wird dem Schadensersatzanspruch ferner eine Sanktionsfunktion, eine Präventivfunktion, eine Bußfunktion und eine Genugtuungsfunktion beigemessen. Darüber, welche Funktion nun letztendlich maßgebend sein soll, ist man sich nicht einig; ebensowenig findet sich bei den einzelnen Autoren eine nähere Erläuterung der von ihnen befürworteten Funktion des Schadensersatzanspruchs.

So macht Coing[40] den Vertretern der Interessetheorie den Vorwurf, daß bei dem von ihnen vertretenen Schadensbegriff der Gedanke der Buße für das dem Geschädigten angetane Unrecht keine Beachtung finde. Zwar habe das BGB den Gedanken einer Bußfunktion des Schadensrechts abgelehnt, dennoch müsse man aber, soweit es die gesetzlichen Bestimmungen zuließen - wie beispielsweise im Falle der hypothetischen Kausalität - dem Genugtuungsgedanken Rechnung tragen und daher auch den gegliederten Schadensbegriff anerkennen.

Im Anschluß an die Argumentation von Neuner und Wilburg geht auch Bydlinski[41] von einer rechtsverfolgenden Funktion des Schadensersatzanspruches aus. Der Schadensersatzanspruch trete als Sanktion des verletzten Rechts oder Rechtsgutes in Folge der Verletzung an dessen Stelle, hierauf beruhe seine rechtsverfolgende Funktion. Der objektive Schadensbegriff ergebe sich zwangsläufig aus der Natur der Sache,

---

40) SJZ 1950, S. 866
41) a.a.O., S. 24 ff

er sei nicht auf die unmittelbaren Verletzungsfolgen beschränkt; insbesondere sei ein Schaden nicht auf das Gut beschränkt, auf das sich der deliktische Eingriff bezogen habe, sondern erstrecke sich auf auf den Bereich des Folgeschadens, für den eine selbständige deliktische Verantwortlichkeit des Schädigers fehle. Allein mit Hilfe der Rechtsverfolgungsfunktion könne auch die indirekte Güterbeeinträchtigung erfaßt werden. Maßgeblich sei stets der Schutzumfang des widerrechtlich verletzten Rechtsgutes, beschränkt auf seinen "inneren Kernbereich".

Als leidenschaftlichster Verfechter des normativen Schadensbegriffes darf Selb[42] gelten. Er fordert eine völlige Aufgabe des herkömmlichen Schadensbegriffes; die Vermögensdifferenz als Kennzeichen des naturalistischen Schadensbegriffes sei heute nur noch als Berechnungsfaktor unter mehreren letztlich maßgeblichen Berechnungsfaktoren anzusehen. Er ist der Ansicht, daß ein normativer Schadensbegriff schon deshalb der einzig denkbare sei, da nur er zu einer sachgerechten Lösung der im Schadensersatzrecht relevanten Regreßprobleme führe. Darüber hinaus sei der normative Schadensbegriff der einzig angemessene in einer Gesellschaft, die sich wie die unsere auf dem Weg zum totalen Versorgungsstaat befinde. Dem einzelnen, der gegen alle Wechselfälle des Lebens durch eine soziale Versorgung gesichert sei, könne gar kein konkreter Schaden erwachsen; nicht mehr den Inhaber des verletzten Rechtsgutes, sondern den Trägern der Soziallast - wie z.B. den Arbeitgeber, die Versicherung oder den Staat - treffe der Erfolg der schädigenden Handlung[43]. Jede Gesellschaftsform aber, die den Ausgleich des Schadens ihrer Gesellschaftsmitglieder unter dem Gesichtspunkt der Bedarfsdeckung, der

---

42) a.a.O., S.1 ff
43) Selb, S. 49 ff

Daseinsvorsorge und der sozialen Sicherung zu ihrer eigenen Angelegenheit mache, stehe vor der Aushöhlung des Ausgleichsprinzips. Zwar komme auch eine solche Gesellschaft nicht umhin, den Verletzer zu einer Ausgleichsleistung heranzuziehen, hierbei müsse sie aber den herkömmlichen Schadensbegriff, der auf dem Ausgleichsgedanken beruhe, opfern. Nicht mehr der konkrete Schaden des einzelnen Verletzten stehe in Frage, sondern der durch die Verletzungshandlung verursachte Sozialschaden[44].

Gegen die Bestrebungen, den Schadensbegriff zu objektivieren und zu normativieren, hat sich insbesondere Mertens[45] ausgesprochen; er tritt für einen natürlichen subjektiven Schadensbegriff ein. Nach seiner Ansicht ist der Schadensbegriff ein Relationsbegriff, der die Veränderung zweier Güterlagen erfassen will; er kennzeichnet den Schaden als Veränderung eines unversehrten Gutes zum Negativen hin und sieht die eigentliche Problematik des Schadensbegriffes dort, wo es um das Bezugsobjekt des Schadens und seine Bestimmung geht; es bedürfe daher einer Konkretisierung und Festlegung des Vermögensbegriffes. Mertens versteht unter dem Begriff des Vermögens nicht einfach die Summe der einer Person zustehenden Güter, sondern er sieht darin eine Einheit, in der die Vermögensgüter als Werte für das Subjekt zusammengefaßt sind. Er begreift das Vermögen subjektiv-funktional, eine objektiv summative Vermögensauffassung, die den Schaden aus einer Addierung von Einzelverlusten errechnet, lehnt er ab. Der subjektiv funktionale Bezug des Vermögens konstruiere es zu einer strukturierten Einheit, die stets mitgedacht werden müsse, wenn sich die Frage eines Vermögensschadens erhebe[46].

---

44) S. 52
45) S. 87 ff
46) S. 141

Im Zentrum der Regelung des Vermögensschadens steht für Mertens nicht der Gegenstand, sondern die Person[47]; das Vermögen ist für ihn eine personengebundene Einheit, die sich in einer von den Lebenszielen des Subjekts bedingten Organisation befindet. Der Vermögensschaden dürfe daher nicht als Beeinträchtigung eines Vermögensgutes angesehen, sondern müsse stets auf das gesamte Objekt Vermögen bezogen werden.

In jüngster Zeit zeigte Keuck[48] an Hand verschiedener Teilprobleme des Schadensrechts Bedenken gegen die Berechnung eines anonymen Gesamtvermögensschadens auf. Auch sie will den Schaden nicht als einfache Rechengröße begreifen, die sich in der Differenz zwischen den Beträgen des gegenwärtigen wirklichen und des hypothetischen Vermögens ausdrückt. Die Schadensersatzpflicht des Schädigers sei begründet, weil er sich nicht ordnungsgemäß verhalten habe, und der Schädiger müsse das, was er durch sein ordnungsgemäßes Verhalten hätte bewirken sollen, nachträglich in einer anderen, ersatzweisen Form herbeiführen. Für welche Schäden Ersatz zu leisten sei, richte sich stets danach, was zur ersatzweisen Herstellung des konkreten Zustandes, an dem der Geschädigte ein Interesse habe, erforderlich sei. Der Inhalt der Ersatzpflicht müsse immer in Ausrichtung auf das Ziel der jeweiligen Ersatzpflicht bestimmt werden[49].

Die vorangehende Darstellung hat offengelegt, wie kontrovers und teilweise unvereinbar sich die verschiedenen Ansichten gegenüberstehen. Allerdings hat die Beschäftigung mit dem Theorienstreit zum Vermögensschaden auch gezeigt, daß es hier im wesentlichen um die Bewertung des Schadens, die Lösung

---

47) S. 167
48) Vermögensschaden und Interesse S. 20 ff
49) Keuck, S. 107/108

einzelner speziell vermögensschadensrechtlicher Probleme und häufig nur um die eigentlich rechtspolitische Fragestellung der Ersatzfähigkeit bestimmter Vermögensschäden geht. Gegenstand dieser Diskussion und damit in Frage gestellt ist aber nicht die Erkenntnis, daß Vermögensschaden immer nur diejenige Einbuße sein kann, die überhaupt in Geld meßbar ist. Auf dieser Grundlage läßt sich eine neutrale Definition des Vermögensschadens geben, die geeignet ist, eine Abgrenzung zum immateriellen Schaden i.S.v. § 253 zu ermöglichen. Sie lautet:

> Vermögensschaden ist jede unfreiwillige, in Geld meßbare Einbuße, die ein Rechtsubjekt an seinen materiellen oder immateriellen Gütern erleidet.

Maßgebliche Bedeutung kommt bei dieser Begriffsbestimmung des Vermögensschadens der Meßbarkeit des ermittelten Nachteils in Geld zu; immer dann, wenn der Geschädigte unmittelbar oder mittelbar eine Einbuße an wirtschaftlichen Werten erlitten hat, liegt ein Vermögensschaden vor. Die Kommensurabilität des Schadens in Geld ist das wesentliche Merkmal des Vermögensschadens.

2) Der Begriff des Nichtvermögensschadens

Die Meßbarkeit des Schadens in Geld bildet auch das maßgebliche Kriterium für die Abgrenzung des Vermögensschadens vom Nichtvermögensschaden.
Streng voneinander zu trennen sind der immaterielle Schaden und der nicht bezifferbare Vermögensschaden; sie dürfen nicht miteinander verwechselt werden. Während das maßgebliche Element des Nichtvermögensschadens die grundsätzliche Inkommensurabilität in Geld ist, besteht bei manchen Vermögensschäden die Schwierigkeit, ihre exakte Höhe in Geld zu bewerten, obwohl dies grundsätzlich möglich ist. So können beispielsweise[50] die Erschwerung des Fortkommens, die Schmälerung des geschäft-

50) Stoll, Gutachten S. 127

lichen Ansehens, die Einbuße an goodwill oder der Verlust eines Geschäftsgeheimnisses - alles unzweifelhaft Vermögensschäden - nicht ohne weiteres beziffert werden und der Verletzte befindet sich, was den Schadensnachweis anbetrifft, oft in großen Beweisschwierigkeiten. Hier bleibt nur die Möglichkeit einer Schadensschätzung, die der Richter gemäß § 287 ZPO vorzunehmen hat. Dennoch darf man nicht aus den Augen verlieren, daß es sich um echte Vermögensschäden handelt, deren genaue Bemessung nicht an grundsätzlicher Unbewertbarkeit in Geld, sondern nur aus tatsächlichen mit Beweisschwierigkeiten zusammenhängenden Umständen scheitert. Die Schwierigkeit, den eingetretenen Vermögensnachteil im konkreten Fall in Geld zu bemessen und den eingetretenen Verlust nachzuweisen, darf nicht dazu führen, daß der nicht bezifferbare Vermögensschaden zum Nichtvermögensschaden gestempelt und unter § 847 subsumiert wird[51].

Dies ergibt sich aus der vom Gesetz in § 253 gewählten Umschreibung des Nichtvermögensschadens, die Ausgangspunkt unserer Betrachtung war[52]. Es muß sich danach um einen Schaden handeln, der nicht Vermögensschaden ist; ein Schaden ist jedoch nur dann nicht Vermögensschaden, wenn es "unmöglich" ist, ihn in Geld zu bemessen. In der Inkommensurabilität des Schadens liegt der Unterschied zum Vermögensschaden. Auf die Art des verletzten Rechtsgutes kommt es hingegen nicht an; es ist gleichgültig, ob der immaterielle Schaden aus der Verletzung eines ideellen oder eines materiellen Gutes entstanden ist.

Man kann den Nichtvermögensschaden daher wie folgt umschreiben:

> Nichtvermögensschaden ist jede unfreiwillige, nicht in Geld meßbare Einbuße, die ein Rechtssubjekt an seinen materiellen oder immateriellen Rechtsgütern erleidet.

---

51) Stoll, a.a.O.
52) s.o. S. 6

Für einen Nichtvermögensschaden kann freilich eine Entschädigung in Geld nach § 253 nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen verlangt werden. Das BGB gewährt eine Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden nur in den §§ 847 und 1300 bei der Verletzung immaterieller Rechtsgüter. In § 847 spricht das BGB dem Verletzten bei Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, bei Freiheitsentziehung sowie bei Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre eine billige Entschädigung in Geld zu. In § 1300 wird im Falle des Verlöbnisbruches durch den Mann oder des durch ihn schuldhaft herbeigeführten Rücktritts der Braut vom Verlöbnis angeordnet, daß der verführten unbescholtenen Verlobten eine billige Entschädigung in Geld, das Kranzgeld, gezahlt werden soll.

Außerhalb des BGB finden sich noch vier Sondertatbestände, die den Ersatz des Nichtvermögensschadens - so jedenfalls der Gesetzeswortlaut - anordnen[53], nämlich § 53 III Luftverkehrsgesetz sowie § 35 I Satz 2 i.V.m. § 27 GWB, § 97 II UrhRG und § 40 SeemannsG.

Eine besondere Bedeutung kommt hierbei § 53 III LuftVG zu, der bei Verletzung des Körpers oder der Gesundheit durch militärische Luftfahrzeuge den Halter gegenüber Nichtbeförderten zur Zahlung einer billigen Entschädigung in Geld verpflichtet; diese Vorschrift stellt den einzigen Fall außerhalb des BGB dar, in dem im Rahmen einer Gefährdungshaftung ein Schmerzensgeld gezahlt werden muß.

In § 97 II UrhRG wird demjenigen, der schuldhaft ein Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht verletzt hat, auferlegt, dem Verletzten auch den Nichtvermögensschaden zu ersetzen, wenn dies der Billigkeit entspricht.

---

53) siehe hierzu auch Wiese, S. 9

Eine billige Entschädigung in Geld für einen Schaden, der Nichtvermögensschaden ist, gewährt § 35 I 2 GWB, wenn es eine Wirtschafts- oder Berufungsvereinigung trotz einer unanfechtbaren Verfügung der Kartellbehörde ablehnt, ein Unternehmen als Mitglied aufzunehmen.
Endlich gibt § 40 SeemannsG den Besatzungsmitgliedern bei Kürzung der Rationen Anspruch auf eine den Abweichungen von der Speiserolle entsprechende Vergütung, welche nicht nur den Geldwert der nicht gewährten Proviantmengen umfaßt, sondern gleichzeitig die erlittenen Entbehrungen ausgleichen soll; es wird insoweit von einem Hunger- oder Durstgeld gesprochen.

Unter den Vorschriften, die außerhalb des BGB ihrem Wortlaut nach den Ersatz des Nichtvermögensschadens anordnen, nehmen die §§ 40 SeemannsG, 35 I, 2 i.V.m. § 27 GWB und 97 II UrhRG eine Sonderstellung ein. Während § 40 SeemannsG den in unserer Rechtsordnung einmaligen Fall darstellt, daß ein allein durch die Verletzung von Vertragspflichten verursachter Nichtvermögensschaden ersetzt wird[54], enthalten die §§ 35 I 2 i.V.m. § 27 GWB und § 97 II UrhRG zwei gesetzliche Regelungen in denen für die Verletzungen des Persönlichkeitsrechts - nämlich der Verletzung der Unternehmerpersönlichkeit einerseits und der Verletzung der Urheberpersönlichkeit andererseits - eine Entschädigung in Geld gewährt wird.

Die nähere Betrachtung der aufgezählten Vorschriften zeigt, daß zumindest die Tatbestände der §§ 847 und 1300 BGB, sowie des § 53 II Luftverkehrsgesetz eine unmittelbare Verletzung von Nichtvermögensrechten voraussetzen. Einen Nichtvermögensschaden,

---

54) Wiese, S. 10

der die mittelbare Folge einer Vermögensrechtsverletzung ist, erkennt das BGB nicht als ersatzfähig an; der Geldersatz für das verletzte Affektionsinteresse an Vermögensgütern wird abgelehnt.

Für den Zweck der Arbeit soll daher im Folgenden von einem Begriff des Nichtvermögensschadens ausgegangen werden, in dessen Definition die mangelnde Ersatzfähigkeit des durch die Verletzung eines Vermögensrechtes verursachten Nichtvermögensschadens bereits berücksichtigt ist. Er läßt sich wie folgt umschreiben:

> Nichtvermögensschaden ist jede unfreiwillige, nicht in Geld meßbare Einbuße, die ein Rechtssubjekt an seinen Nichtvermögensgütern erleidet.

Der Nichtvermögensschaden im Sinne dieser Begriffsbestimmung kann aus der Verletzung jedes immateriellen menschlichen Rechts hervorgehen; er kann sich auf die Verletzung der physischen als auch der psychischen Integrität einer Person, oder aber auf die Verletzung von Interessen nicht vermögensrechtlicher Art, die die Beziehung einer Person zur Umwelt betreffen, gründen.

3) Formen des Nichtvermögensschadens

Der immaterielle Schaden kann aus der Verletzung der physischen oder psychischen Integrität einer Person sowie aus der Verletzung von Interessen, die die Beziehung einer Person zur Umwelt betreffen, hervorgehen.

Wenn nun auch die Art und Weise der Rechtsverletzung in den meisten Fällen zweifelsfrei festgestellt werden kann, so bleibt es doch überaus schwierig, ja oft sogar unmöglich, den aktuellen Schmerzzustand exakt nachzufühlen, da dieser nicht reproduzierbar ist. Der Schmerz stellt ein psychosomatisches Phaenomen dar, das sich aus der Verbindung von

physiologischer Empfindung mit dem psychischen Erlebnis zusammensetzt[55]. Während die Reizschwelle für die physiologische Empfindung bei allen Menschen weitgehend gleich ist, gibt die psychische Verarbeitung dem Schmerz die subjektiv individuelle Prägung[56]. Gerade jedoch die subjektive Empfindung des Schmerzerlebnisses entzieht sich jeglicher Feststellbarkeit, während die physiologische Beeinträchtigung ohne große Schwierigkeiten für den medizinischen Sachverständigen objektiv bewertbar ist und nachempfunden werden kann, so daß auch der Richter in die Lage versetzt wird, nach pflichtgemäßem Ermessen einen Entschädigungsbetrag festzusetzen.

Diese Ambivalenz der Schmerzempfindung gestattet es, den grundsätzlich einheitlichen Begriff des immateriellen Schadens aufzuspalten und nach seiner objektivierbaren und seiner nicht objektivierbaren (subjektiven) Komponente zu differenzieren. Dies darf jedoch nicht dazu führen, daß zwei verschiedene Typen des immateriellen Schadens unterschieden werden, nämlich der objektive und der subjektive Nichtvermögensschaden[57]. Es handelt sich vielmehr nach wie vor um einen einheitlichen Begriff, der sich aber aus zwei Elementen zusammensetzt, die sich vor allem in ihrer Bewertbarkeit voneinander unterscheiden.

Der Verletzte erfährt zunächst einmal eine objektiv feststellbare Einbuße an dem beeinträchtigten Rechtsgut; diese kann von anderen Menschen ohne weiteres nachempfunden und in ein Erfahrungsschema eingeordnet werden. Es handelt sich hierbei um den objektivierbaren Teil des Nichtvermögensschadens, der, was die Intensität und Schwere der Verletzung anbetrifft, ohne weiteres "am Maßstab sittlicher Postulate im Bezug auf eine unberührte menschliche Personenhaftigkeit"[58] objektiv bewert-

---

55) Langen, S. 13 f; Bloemertz, S. 19; Köndgen, S. 79
56) Bloemertz, S. 27 ff; Günther, S. 21 ff
57) so offensichtlich Schmid, S. 106 ff
58) so BGHZ 26,359

bar ist. Dieser objektivierbare Teil des Nichtvermögensschadens ist im Hinblick auf die Persönlichkeitsgüter ebenso offenbar und einordnungsfähig wie ein Vermögensschaden auf dem Gebiet der Sachgüter, so kann beispielsweise die Intensität einer Rufschädigung oder das Ausmaß einer Körperverletzung ohne weiteres bestimmt werden[59]; den eingetretenen Schaden in Geld zu bemessen ist jedoch - wie oben bereits als Ausgangspunkt festgehalten - nicht möglich.

Da die gesamte Persönlichkeit des Menschen an der Gestaltung des Schmerzerlebnisses beteiligt ist, spielt auch die subjektive Empfindung des Geschädigten eine wesentliche Rolle. Dieser subjektive Teil des Nichtvermögensschadens entzieht sich jedoch jeglicher objektiver Feststellung. Aufgrund der notwendigen Individualität jedes subjektiven Erlebnisses läßt sich dieses von einem anderen Menschen weder nachempfinden noch einordnen. Aus diesem Grunde kann auch keine sichere Feststellung getroffen werden, ob der Verletzte überhaupt und, wenn ja, in welchem Umfang seelisch gelitten hat; eine Kontrolle über den Grad des seelischen Leidens gibt es nicht,und es besteht lediglich die Möglichkeit, daß ein vorliegender medizinischer Befund eine "Aussage" über die Intensität der seelischen Erschütterung des Verletzten machen kann. Jedoch auch dieser Befund beruht letztlich wieder auf den Aussagen des Patienten gegenüber dem Arzt, der weitgehend darauf beschränkt ist, diesen Angaben Glauben zu schenken.

Die Einbeziehung der individuellen subjektiven Schmerzempfindung führt notwendig dann,wenn es um die Festsetzung der Entschädigungsleistung geht, zu einer kaum zu überwindenden Rechtsunsicherheit. Der Richter, der sich der Aufgabe gegenübersieht, eine angemessene Entschädigungsleistung zuzusprechen, wäre über-

---

59) Schmid a.a.O.

fordert, wenn er einen nicht feststellbaren Grad seelischen Leids, für das keine konkreten Anhaltspunkte vorliegen, bei seiner Ermessensentscheidung berücksichtigen müßte. So darf insbesondere nicht der Mangel an seelischer Widerstandsfähigkeit durch ein reichlicheres Schmerzensgeld ausgeglichen werden[60]. Ebenso darf auch eine starke seelische Widerstandskraft nicht zu einer Minderung des Schmerzensgeldes führen.

Hinzu kommt, daß der erkennende Richter und der behandelnde Arzt sich stets auf die vom Verletzten gemachten Angaben verlassen müssen, ohne über deren Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit sicher urteilen zu können, da keine Möglichkeit besteht, die Intensität der subjektiven seelischen Beeinflussung zu messen[61]; auf diese Weise wäre dem Querulantentum Tür und Tor geöffnet.

Der eine, individuell empfundene, subjektive Teil des immateriellen Schadens ist daher nicht ersatzfähig; die bloße Gefühlsregung des Verletzten unterscheidet sich von den anderen Schadensformen dadurch, daß sie einer objektiven Bewertung nicht zugänglich ist. Selbst der theoretisch vorhandene Maßstab eines intakten Seelenlebens läßt eine Messung des eingetretenen Schadens nicht zu. Der reine Gefühlsschaden spielt daher bei dem Ersatz des Nichtvermögensschadens keine Rolle. Es wird jedem Rechtssubjekt zugemutet, ein gewisses Maß an seelischer Erschütterung als Preis für die Teilnahme am sozialen Leben in Kauf zu nehmen[62]. Maßgeblich für die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes bleibt daher allein der objektivierbare, an Hand objektiver Maßstäbe zu ermittelnde immaterielle Schaden. Daß dies auch dem Willen des Gesetzgebers entspricht, zeigt ein Vergleich mit den Regeln über den Er-

---

60) Extrembeispiele sind hier die sog. Schmerzensgeldneurosen vgl. z.B. BGH NJW 1958, 1579; 65, 2293; VersR. 68, 377; 70, 283

61) Eickhoff, S. 111

62) Stoll, Gutachten S. 143

satz des Vermögensschadens, die ebenfalls die subjektive Reaktion des Rechtsgutträgers - das Affektionsinteresse - nicht berücksichtigen.

B) Die Stellung des § 847 im schadensrechtlichen System des BGB

Aus der systematischen Stellung des § 847 im 25. Titel des Bürgerlichen Gesetzbuches, der die Überschrift "Unerlaubte Handlungen" trägt, läßt sich ableiten, daß der Haftungsgrund für die Verpflichtung zur Zahlung eines Schmerzensgeldes nach dieser Bestimmung stets eine deliktische Handlung sein soll. Durch § 847 wird also kein neuer Deliktstatbestand geschaffen, sondern der Schmerzensgeldanspruch setzt grundsätzlich eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 ff als Haftungsgrund voraus. Bei § 847 handelt es sich mithin um eine Teilregelung der Haftungsfolgen, die bei Vorliegen der tatbestandlich bereits erfaßten unerlaubten Handlung eintreten, die aber - im Gegensatz zu den Haftungsfolgen (§§ 249, 253 BGB) - nicht vor die Klammer gezogen, sondern im systematischen Zusammenhang der Haftungstatbestände der §§ 823 ff belassen wurde. Der Nichtvermögensschaden, für den eine Entschädigung gefordert wird, muß unmittelbar durch die unerlaubte Handlung verursacht worden sein und sich als adäquate Folge einer Verletzungshandlung i.S.d. §§ 823 ff eingestellt haben.
Nach seinem Wortlaut ist § 847 auf alle Fälle der unerlaubten Handlung i.S.d. § 823 ff anwendbar, die zu einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder einer Freiheitsentziehung geführt haben; nach heute gefestigter und in der Lehre weitgehend anerkannter Rechtsprechung kann auch unter gewissen Bedingungen das allgemeine Persönlichkeitsrecht den in § 847 genannten Rechten zugeordnet werden[63].

63) vgl. hierzu unten, S. 173 ff

Die Besonderheit des § 847 besteht darin, daß für eine Rechtsverletzung, die keinen Einfluß auf das Vermögen des Verletzten gehabt hat, eine Geldentschädigung gezahlt werden soll, also das Vermögen des Betroffenen vermehrt wird. Dies widerspricht eigentlich dem in § 249 zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken der Wiedergutmachung. Ist nämlich grundsätzliches Ziel der Schadensersatzgewährung die Beseitigung der Schadensfolgen,die aus der Verletzung von Rechten entstanden sind, so kann ein immaterieller Nachteil eigentlich nicht durch die Mehrung des Vermögens beseitigt werden. Es soll daher im Folgenden untersucht werden, wie sich § 847,der dem Verletzten wegen eines Schadens, der Nichtvermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gewährt, zu den allgemeinen Vorschriften des Schadensersatzrechts verhält.

Schmerzensgeld und Naturalrestitution

Das Bürgerliche Recht sieht als Grundregel für den Schadensersatz die Naturalrestitution vor. In § 249 heißt es:

> "Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen".

Schon aus der Formulierung des Gesetzes, das ganz allgemein von einer Verpflichtung zum Schadensersatz spricht, ohne zwischen materiellem und immateriellem Schaden zu differenzieren, läßt sich ersehen, daß es im Tatbestand des § 249 auf diese Unterscheidung nicht ankommen soll. Der Grundsatz der Naturalrestitution gilt daher für jeden Schaden und

somit auch für den Nichtvermögensschaden einschließlich des Affektionsinteresses[64].

Wenn auch in vielen Fällen eine Naturalrestitution wegen der Besonderheit des Nichtvermögensschadens unmöglich ist, so spricht dies nicht gegen die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 249. Nicht jeder immaterielle Schaden ist irreparabel; solange und soweit die Möglichkeit besteht, einen Nichtvermögensschaden im Wege der Naturalrestitution zu beseitigen, ist der Schädiger hierzu verpflichtet.

So lassen sich beispielsweise die meisten Körperverletzungen und Gesundheitsschäden durch die entsprechende ärztliche Behandlung heilen. Die Beseitigung des eingetretenen Körper- bzw. Gesundheitsschadens erfolgt auf dem Wege der natürlichen Wiederherstellung infolge der Genesung. Die für die medizinische Behandlung erforderlichen Kosten kann der Verletzte von dem Schädiger gem. § 249 Satz 2 verlangen. Es handelt sich hierbei nicht um die Geltendmachung eines mittelbaren Vermögensschadens; § 249 S. 2 enthält seinem Wesen nach ebenso wie § 249 S. 1 einen Anspruch auf Herstellung und nicht auf Entschädigung; § 249 S. 2 stellt einen gesetzlich normierten Sonderfall der Naturalrestitution dar und gewährt dem Schuldner die Befugnis, die Kosten der nach wie vor allein geschuldeten Naturalrestitution in Geld zu leisten. Die zu zahlende Summe Geldes ist also ebenfalls nur ein Mittel der Schadensbeseitigung im Wege der Naturalrestitution.

Ein Anspruch auf Naturalrestitution besteht auch gegen denjenigen, der durch eine unerlaubte Handlung i.S.d. §§ 823 ff - beispielsweise durch Verletzung des Briefgeheimnisses oder durch vorübergehenden Besitzentzug - Abschriften von persönlichen Briefen oder Abzüge persönlicher Fotos eines anderen

---

64) heute h.M. vgl. hierzu Wiese, S. 5 ff; v. Beauvais, S. 70 ff; Fischer, S. 31 ff; a.A. RGZ Gruch.Beiträge 59,911, wo ausgeführt wird, daß es sich in dem § 249 ff nur um den Ersatz des Vermögensschadens handele.

gemacht hat; diese muß der Täter nach den Grundsätzen des § 249 an den in seinem Recht Verletzten herausgeben[65].

Im Wege der Naturalrestitution kann auch bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Schadensersatz verlangt werden; so kann der Betroffene die Rücknahme der die Persönlichkeitsbeeinträchtigung enthaltenden Äußerung oder die Einziehung eines entsprechenden Schriftstückes verlangen; auch die Abgabe einer Ehrenerklärung oder die Gegendarstellung in der Presse kommt in Betracht[66]. Der Verletzte kann auch die zur Beseitigung einer solchen Rechtsbeeinträchtigung notwendigen Kosten gem. § 249 S. 2 vom Schädiger verlangen.[67]

Die eigenartige Natur des immateriellen Schadens macht in der Vielzahl der Fälle eine Naturalrestitution unmöglich. Im Falle der Verletzung eines Vermögensrechts ordnet das Gesetz in § 251 Abs. 1, wenn die Herstellung nicht möglich ist, an, daß der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen hat.

Außerhalb des § 249, der die Naturalrestitution sowohl für Vermögens- als auch für Nichtvermögensschäden anordnet, werden beide Schadensarten nicht mehr gleich behandelt[68].

---

65) RGZ 94, S. 3 ff

66) so Wiese, S. 7

67) Dieser Schadensersatzanspruch gem. § 847 i.V.m. § 249 steht zu den negatorischen Abwehransprüchen aus § 12, § 862 und § 1004 BGB in Anspruchskonkurrenz; Stoll, Gutachten, S. 138

68) Einer zumindest analogen Anwendung des § 251 II für den Fall, daß der Nichtvermögensschaden im Wege der Naturalrestitution ersetzt werden kann, dies aber außer Verhältnis zum angerichteten Schaden steht und nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist, steht § 253 nicht entgegen, da es hier nicht darum geht, ob der Geschädigte eine Entschädigung fordern kann, sondern ob dem Schuldner die Befugnis gegeben wird, in Geld zu leisten; so auch Fischer, S. 316; Kress, S. 397; v. Beauvais, S. 96, Klickermann, S.6; BGH JR 75,327 mit kritischer, nur im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Jochem, der die Beschränkung des Anspruches aus § 249 S. 2 aus einer allgemeinen Sozialbilitätsschranke des Schadensersatzrechts ableiten will.

Bei Unmöglichkeit der Naturalrestitution geht § 251 I zwar allgemein zum Geldersatz über, wird aber in § 253 bei immateriellen Schäden, die nicht oder nicht völlig im Wege der Naturalrestitution beseitigt werden können - wie zu ergänzen ist - entscheidend eingeengt: Entschädigung in Geld wird nicht allgemein, sondern nur für die im Gesetz bestimmten Fälle zugelassen. Der sonst geltende Grundsatz des vollen Schadensersatzes ist hier durchbrochen.

2. Kapitel

Überblick über die historische Entwicklung des Schmerzensgeldanspruches

Der Anspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes wurde nicht erst von den Verfassern des BGB erschaffen; es hat ihn schon sehr viel früher gegeben, und wir finden ihn in unserer gesamten Rechtsgeschichte.
Es liegt daher nahe, an Hand der historischen Vorbilder seine Entwicklung zu verfolgen, und zu untersuchen, ob sich hieraus Schlüsse auf seinen gegenwärtigen Charakter herleiten lassen.

Bei dieser Prüfung ist jedoch Vorsicht und kritische Distanz geboten, denn die Entwicklung der historisch überlieferten Rechtsfiguren hat sich zum großen Teil innerhalb von Rechtssystemen vollzogen, die nicht ohne weiteres mit unserem heutigen System vergleichbar sind.

Die Geschichte überliefert uns zwar kein klares Bild des in der Urzeit der Völker herrschenden Rechtszustandes, es wurden jedoch bei den meisten Völkern im späteren Recht noch so viele Spuren und Hinweise darauf gefunden, daß es uns möglich ist, den ursprünglichen Zustand und die Ideen und Anschauungen, die ihn beherrschten, zu rekonstruieren.
In dieser "Urzeit", in der die Gemeinschaft noch keine Organe geschaffen hatte, die für die Verwirklichung des Rechts Sorge tragen sollten, wurde es als reine Privatsache der Individuen betrachtet, sich Recht zu verschaffen. Der hier vorherrschende Geist ist der Geist der Rache, der sich im Wesentlichen darin äußert, Genugtuung für jegliches widerfahrenes Unrecht zu erlangen[1].

---

1) Ihering, Geist des röm. Rechts I, S. 126

Hierbei kommt es gar nicht darauf an, ob derjenige, der das Unrecht begangen hat, absichtlich oder unabsichtlich, schuldhaft oder unverschuldet gehandelt hat; es wird einfach an jedes schädigendes Verhalten angeknüpft. Alle Schädigungen, (selbst, wenn sie sich lediglich auf Vermögenswerte auswirken) werden primär als persönliche Kränkung des Verletzten angesehen; eine Unterscheidung zwischen materiellen und immateriellen Schädigungen wird nicht getroffen.
In jedem Bestreiten, jeder Vorenthaltung des Rechts sieht man eine persönliche Verletzung, ein Delikt, und fordert demnach nicht bloß die Anerkennung oder Wiederherstellung des Rechts, sondern darüberhinaus noch als persönliche Genugtuung Bestrafung des Gegners.
In all diesen Fällen hat die Strafe zugleich die Funktion des Schadensersatzes. Strafzweck und Wiedergutmachungszweck werden ebensowenig voneinander unterschieden wie die verschiedenen Arten des Unrechts und die Rache und die Selbsthilfe; dies ist zurückzuführen auf die ursprüngliche Einseitigkeit des Rechtsgefühls, aufgrund derer das Unrecht nur seiner Wirkung nach empfunden, nicht aber seiner Ursache nach gewürdigt wird[2].

I) <u>Das Römische Recht</u>

Auch dem römischen Recht war ein selbständiges deliktisches Schadensersatzrecht, wie wir es aus unserem Zivilrecht kennen, fremd.
Von wesentlicher Bedeutung hierfür dürfte sein, daß die Römer kein umfassendes Strafrecht entwickelt hatten. Dem Staat blieb die Strafverfolgung im Wesentlichen für die sogenannten crimina, die öffentlichen Verbrechen, vorbehalten; unter diesen verstand

---

2) Ihering, a.a.O.

man die besonders schweren Übeltaten, die sich gegen die Allgemeinheit richteten, so die Staatsverbrechen (Hoch- und Landesverrat) und den Mord, bei denen eine kriminelle Ahndung als notwendig erachtet wurde[3].

Aber selbst bei der Verfolgung dieser öffentlichen Verbrechen unterlag die Staatsgewalt noch gewissen Beschränkungen, denn sie wurde nur zum Teil vom Magistrat verfolgt; zum anderen Teile konnte jeder beliebige (quivis ex populo) oder aber der Verletzte den Schuldigen zur Verantwortung ziehen, dies im Privatprozeß und zu seinem eigenen Vorteil (actiones populares).

Dennoch entwickelte das römische Recht einen speziellen Persönlichkeitsschutz, mit der actio iniuriarum. Der Tatbestand der iniuria umschloß nach klassischer Auffassung jedes Verhalten, das eine bewußte Mißachtung fremder Persönlichkeit (contumelia) und die Überhebung der eigenen Person (hybris) zum Ausdruck brachte[4].

A) Die Bußtaxen des Zwölftafelgesetzes

Den ersten wissenschaftlich brauchbaren Ausgangspunkt der römischen Iniurienlehre bildet das Zwölftafelgesetz. Hier erfuhren die Iniurien allerdings noch eine rein kasuistische Behandlung. Abgesehen von zwei Fällen, dem Besingen mit Zaubersprüchen (mala carmina incentare) und der öffentlichen Schmähung (occentare), betraf das Gesetz lediglich Tatbestände der Körperverletzung.

Für den dort aufgeführten schwersten Verletzungstatbestand, die Verstümmelung eines Körpergliedes (membrum ruptum), ist als Sühne die Talion vorgesehen: Der Täter soll den gleichen Körperschaden erleiden, den er dem anderen zugefügt hat. Auch

---

3) Joers/Kunkel/Wenger, S. 192; Kaser, S. 609, 610
4) Joers/Kunkel/Wenger, S. 259

für leichtere Fälle der Körperverletzung ordnet das Gesetz die Talion an; ihre Durchführung wird jedoch davon abhängig gemacht, daß sich der Täter nicht vergleichsweise dazu bereiterklärt hat, an den Verletzten eine von diesem geforderte Buße zu zahlen; das Gesetz gibt dem Täter also die Möglichkeit, dem Verletzten seine Rache auf Grund eines Sühnevergleichs abzukaufen; die Höhe der zu zahlenden Summe bleibt der Vereinbarung vorbehalten. Für den Sachverhalt des membrum ruptum allerdings ist die Durchführung eines solchen Sühneversuchs nicht zwingend vorgeschrieben.

Für weniger gravierende Fälle der Personenverletzung schloß das Gesetz die Talion völlig aus, hierfür wurden, wie z.B. für das Besingen und die Schmähung (s.o.), feste Geldbußen vorgeschrieben. So mußten z.B. für den Knochenbruch eines Freien 300 As, für den eines Sklaven 150 As gezahlt werden.

Für alle übrigen Eingriffe in die körperliche Integrität eines anderen (si iniuriam alteri faxit) mußte der Täter eine Buße von 25 As an den Betroffenen zahlen.

Dieses primitive System der festen Bußtaxen konnte den Anforderungen eines verfeinerten Rechtsgefühls, das sich auf Grund des kulturellen Fortschritts ausbildete, nicht mehr genügen[5].

Wenn schon die starre Fixierung der Geldbußen eine Menge Unzuträglichkeiten mit sich brachte, so verschob sich der vom Gesetzgeber dabei angelegte Maßstab völlig, als der Wandel der römischen Münzverhältnisse - der steigende Wohlstand verursachte ein ständiges Sinken des Geldwertes - die im Zwölftafelgesetz vorgeschriebenen Bußsätze zu derart geringen Beträgen herabsinken ließ, daß von einer echten Buße nicht mehr gesprochen werden konnte.

---

5) Joers/Kunkel/Wenger, a.a.O.; Mainzer, S. 3

Die Bedeutungslosigkeit, zu der die Bußtaxen des Zwölftafelgesetzes herabgesunken waren, zeigt folgende von Gellius[6] erzählte Anekdote: Der übermütige L. Veratius versetzte jedem, der ihm auf der Straße begegnete, eine Ohrfeige und ließ ihm dann sofort von dem nachfolgenden Sklaven die von den 12 Tafeln dafür bestimmte Buße von 25 As auszahlen.
Darüberhinaus wurde das Bedürfnis nach Erweiterung der engen Einzeltatbestände immer dringender.
Das System der festen Bußtaxen konnte der Mannigfaltigkeit der einzelnen Verletzungshandlungen und ihren Folgen nicht gerecht werden; dies insbesondere deshalb, weil trotz äußerlich gleichem Tatbestand eine Differenzierung in der Behandlung der Fälle, sei es nach der Schwere des Erfolges, sei es nach der subjektiven Seite unmöglich war.

B) Die actio iniuriarum

Da eine gesetzliche Neuordnung nicht erfolgte, blieb es der praetorischen Jurisdiktion überlassen, das Zwölftafelgesetz in seiner Anwendung fast völlig umzugestalten. Das Eingreifen des Praetors erfolgte zunächst im Rahmen seiner ursprünglichen Aufgabe innerhalb der Rechtssprechung und führte nicht zu einer eigentlichen Veränderung des bestehenden Rechts, sondern nur zu einer anderen Art der Anwendung[7].
War eine iniuria begangen, so gab der Praetor innerhalb eines bestimmten Zeitraums (annus utilis) eine Privatklage auf verhältnismäßige Geldbuße, die actio iniuriarum aestimatoria, welche die starren Bußsätze des Zwölftafelrechts durch die freie, auf die Umstände des Einzelfalls abhebende Bemessung der Bußbeträge ersetzte.

---

6) Mainzer, S. 3; Joers/Kunkel/Wenger, a.a.O.
7) Klickermann, S. 35

Während also ursprünglich die bloße Tatsache einer begangenen iniuria die gesetzliche Strafe nach sich zog, ohne daß dabei auf irgendwelche Umstände des einzelnen Falles Bezug genommen werden konnte, so war dies bei der praetorischen Klage insofern anders, als es den Richtern[8] vorgeschrieben war, ex aequo et bono zu urteilen. Sie hatten damit die Macht und sogar die Pflicht, Verhältnisse zu berücksichtigen, welche nur einem mittelbaren Bezug zu dem Fall hatten, wie z.B. Ort und Zeit der Tat, Schwere der zugefügten Verletzungen, Persönlichkeit des Täters und des Verletzten[9].
Nach der Vorschrift des edictum generale mußte der Verletzte die ihm zugefügte iniuria schon bei der Verhandlung vor dem Praetor (in iure) genau bezeichnen und dabei die Höhe des von ihm beanspruchten Bußgeldes benennen. Beides wurde dann in die Prozeßformel aufgenommen und die Richter wurden angewiesen, den Beklagten auf den Betrag zu verurteilen, der ihm angesichts des ermittelten Sachverhalts zustand, aber nicht über den vom Kläger geforderten Betrag hinaus (ne ultra petita).

Diese Entwicklung, auf Grund derer die Verfolgbarkeit des persönlichen Angriffs nicht mehr an die Schranken gesetzlicher Kasuistik gebunden war, brachte es mit sich, daß mit der Zeit die verschiedensten Arten der Körperverletzung als Injurien behandelt wurden. Allmählich ging man im Zuge der Entwicklung auch über die ursprünglich eingehaltenen Schranken der Störung der körperlichen Integrität hinaus und subsumierte auch Handlungen, die lediglich Störungen der psychischen Integrität enthielten, unter den Begriff der Injurie. Dies erklärt sich insbesondere im Hinblick auf die Freiheit, die dem Praetor auf dem Gebiet der gesamten Rechtspflege eingeräumt war; es ist

---

8) Im Bereich der actio iniuriarum entschied statt des Einzelrichters ein Kollegium von recuperatores
9) Mainzer, S. 3

einleuchtend, daß diesem im Laufe der Zeit eine ganze Reihe von Deliktsfällen vorgebracht wurden, welche im alten Zivilrecht keine Grundlage fanden, aber nach dem herrschenden Rechtsgefühl auch nicht ohne gerichtliche Ahndung bleiben durften. Es handelte sich hierbei im wesentlichen um die verschiedenartigen Angriffe auf die ideellen Rechtsgüter der Person. Nicht nur bei Eingriffen in seine körperliche Integrität fühlte sich der Rechtsgenosse verletzt, sondern auch bei der Beeinträchtigung ideeller Güter, die sich über das rein körperliche Gefühl hinaushoben, z.B. bei Ehrverletzungen[10].

Der Praetor, dem diese "Klagen" vorgetragen wurden, hatte nun die Aufgabe, diesen auf einer Verfeinerung des Persönlichkeitsgefühls beruhenden Forderungen, die entsprechende actio zuzuweisen. Da es aber nun nicht in seinen Tätigkeitsbereich fiel, neues Recht zu schaffen, sondern er angehalten war, das alte Recht anzuwenden und es im Einzelfall in entsprechender Weise weiterzubilden und den Verhältnissen anzupassen, oblag es ihm, einen der überkommenen Rechtsbehelfe des Zivilrechts zu finden, dessen Natur es gestatte, die neuen Bildungen in sich aufzunehmen. Hierbei lag es auf der Hand, die actio iniuriarum heranzuziehen; da diese nun einmal ursprünglich das Delikt der Verletzung der Körperintegrität darstellte, lag es geradezu in der Natur der Sache, daß sie auch diese Wandlung mitmachte. Die Injuria erstreckte sich von nun an nicht nur auf rein materielle Verletzungen, sondern umfaßte auch Angriffe gegen die ideellen Persönlichkeitsrechte[11].

Die actio iniuriarum wurde dem Rechtssuchenden vom Praetor überall da an die Hand gegeben, wo die Verletzung der Person in ihren "immateriellen Rechten" die Gewährung einer actio als

---

10) Mainzer, S. 5
11) Mainzer a.a.O.

Forderung des Rechtsgefühls erscheinen ließ. Als iniuria wurde jede nach richterlichem Ermessen dem Begriff von Anstand und Billigkeit zuwiderlaufende bewußte Verletzung der Person gewertet und geahndet[12].

1) Die einzelnen Tatbestände der actio iniuriarum

Die Iniurientatbestände der klassischen Zeit werden nach zwei verschiedenen Rechtsquellen beurteilt, der lex cornelia de iniuriis und dem prätorischen Edikt, von denen letzteres die weitaus bedeutendere Rechtsgrundlage darstellt[13].
Als wichtigste dieser Tatbestände seien die iniuria durch "convicium", die iniuria durch "apellare", durch "comitem abducere", durch "adsectari", durch "infamandi causa factum", sowie durch "pulsatio", "verberatio" und durch "domum vi introire" genannt.
Unter convicium versteht man die öffentliche Schmähung eines mißliebigen Mitbürgers durch ein Katzenkonzert von Schimpfworten und Spottversen, durch gemeines Schreien mehrerer Personen[14]. Eine solche Unternehmung wurde nach dem prätorischen Edikt mit einer Buße belegt, wenn darin ein Verstoß gegen die guten Sitten (boni mores) zu sehen war[15].
In einer Gruppe zusammenfassen kann man die Tatbestände des

---

12) Mainzer, S. 6 und 7
Ihering, a.a.O., S. 156 führt dazu aus:
"Es enthält die Erweiterung dieser Klage in der späteren Zeit ein Stück unserer Kulturgeschichte des römischen Volkes, den Reflex der Steigerung des nationalen römischen Ehrgefühls im Spiegel der Rechtstheorie".

13) Raber, S. 3

14) Raber, S. 24

15) Text des Edikts nach Ulpain: D 47,10,15,2: "....qui adversus bonos mores convicium cui fecisse cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret."
Die Tatsache, daß dieses iudicium die actio iniuriarum ist, ergibt sich aus D 47,10,15,3 wo es heißt: "convicium iniuriam esse Labeo ait".

appelare, adsectari und comitem abducere[16].
Geahndet wird hier der Angriff auf den sittlichen Ruf der Frau oder einer noch nicht erwachsenen Person (auch Knaben) dadurch, daß man ihnen den Begleiter entführt (comitem abducere) ohne den sie sich schicklicherweise in der Öffentlichkeit nicht zeigen durften.
Hat jemand eine der geschützten Personen in unpassender Weise (meist unzüchtig) angesprochen (appellavit), so haftet er ebenfalls mit der actio iniuriarum, allerdings gilt das Delikt als mehr oder weniger schwer, je nachdem, wie die angesprochene Frau gekleidet war. Das Vergehen wird auf jeden Fall dann als weniger einschneidend bewertet, wenn es sich um eine Frau im Sklavinen- oder Dirnengewand gehandelt hat, als wenn eine mater familias auf diese Weise belästigt wurde.
Als weitere Formen der Persönlichkeitsverletzung innerhalb dieser Gruppe ist die Verfolgung einer anderen Person zu nennen (adsectari). Hierfür wird ein oftmaliges, stillschweigendes Verfolgen gefordert, das dem Verfolgten einen schlechten Ruf bringt. Es ist selbstverständlich, daß sowohl das appellare als auch das adsectari gegen die boni mores verstoßen müssen. Wer jemanden ohne schlechte Absicht anspricht oder verfolgt, haftet nicht aus dem Edikt. Die bloße Handlung begründet keinen Haftungstatbestand. Nur das appellare, das gegen die guten Sitten verstößt und das adsectari, durch das der Anstand verletzt wird, sind als Delikt qualifiziert und führen zu einer Haftung[17].

---

16) Die Hauptstellen für diese Iniurientatbestände sind: D 47, 10,15,15: "Siquis virgines appellasset, si tamen ancillari veste vestitas minus peccare videtur multo minus si meretricia veste feminae, non matrum familiarum vestitae fuissent si igitur non matronali habitu femina fuerit, et quis eam appellavit vel ei comitem abduxit iniuriarum tenetur;" sowie: D 47,10,15,19: "Tenetur hoc edicto non tantum, qui comitem abduxit, verum etiam si quis eorum quem apellavisset adsecutatusve est."
17) Raber, S. 23

Als weiterer Tatbestand des klassischen Injurienrechts ist die iniuria durch infamandi causa factum zu nennen[18]. Hiervon werden insbesondere die üble Nachrede und die Verächtlichmachung betroffen. Sie ist die weiteste und generalklauselartigste Form der iniuria. Es werden alle Handlungen erfaßt, die geeignet sind, einen anderen vor der Mitwelt herabzusetzen. Der Kreis dieser Handlungen war sehr weit, was auf die Empfindlichkeit des römischen Ehrgefühls zurückzuführen ist[19].

Es hat sich eine umfangreiche Kasuistik gebildet, aus der hier beispielhaft nur das Anlegen von Trauerkleidern (mutatio vestis) aus scheinbarem Mitgefühl für einen Angeklagten, gegen den damit Stimmung gemacht und dessen Verurteilung dadurch erleichtert werden sollte[20], das Dichten und Bekanntmachen eines Spottliedes (carmen conscribere, vel proponere), sowie die verleumderische Einreichung einer Bittschrift beim Kaiser oder einer Behörde (libelum dare principis vel alicui) genannt sein sollen.

Eine gewisse Sonderstellung nehmen drei Fälle von Injurien ein. Dies sind die körperliche Mißhandlung durch pulsatio und verberatio, sowie der gewaltsame Hausfriedensbruch (domum vi introire). Diese drei Tatbestände waren unter öffentliche Strafe gestellt und gelangten daher nicht vor den Praetor. Wenn es sich auch um Privatklagedelikte handelte, so lag ihre Verfolgung dennoch im öffentlichen Interesse[21].

Verberare und pulsare unterscheiden sich dabei dadurch, daß ersteres nach den Angaben des Otilius schmerzhaftes, letzteres minder schmerzhaftes Schlagen bedeutet[22].

---

18) D 47,10,15,25: "ne quid infamandi causa fiat. Si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit animadvertam."

19) Joers/Kunkel/Wenger, a.a.O.

20) Nach altrömischer Sitte pflegte ein von dem iudicium publicum Angeklagter und oft auch dessen Freunde und Verwandte Trauerkleider zu tragen

21) Mainzer, S. 9

22) D 47 10,15,1: "Inter pulsationem et verberationem hoc interest: verberare est cum dolore caedere pulsare sine dolore."

Diese Unterscheidung nach der Intensität der zugefügten Schmerzen läßt aber noch keinesfalls aus sich heraus den Schluß zu, daß das römische Recht bereits eine in der lex cornelia niedergelegte Schmerzensgeldklage gekannt habe; man kann daraus lediglich folgern, daß die von dem körperlich Verletzten erduldeten Schmerzen bei der Festsetzung der Strafe in Betracht gezogen worden sind und somit lediglich eines der Strafmomente bei der begangenen Verletzung bildeten[23].

C) Die actio legis Aquiliae

Neben der actio iniuriarum erlangte später auch die actio legis Aquiliae für den Schutz immaterieller Rechtsgüter eine gewisse Bedeutung.

Sie gab ursprünglich lediglich einen Anspruch wegen Sachbeschädigung, insbesondere bei der Körperverletzung eines Sklaven, die ja auch die Beschädigung eines Vermögensobjekts darstellte.

Die actio legis Aquiliae verlangte als allgemeine Voraussetzung ein damnum; das Wort damnum bezeichnet aber in seiner juristischen Bedeutung ausschließlich einen Vermögensschaden, nie dagegen einen immateriellen Schaden[24]. Erst später in der gemeinrechtlichen Praxis wurde der Anspruch auf Schmerzensgeld unter die actio legis Aquiliae utilis subsumiert und als Entschädigungsanspruch angesehen. Der Entschädigungscharakter ist jedoch - dies war der gemeinrechtlichen Doktrin nicht bewußt - eine nachklassische Errungenschaft. Ursprünglich hatte auch die actio legis Aquiliae ebenso wie die actio iniuriarum, da sie deliktischen Ursprungs war, poenalen Charakter.

---

23) Wächter, S. 76

24) Vgl. auch Seitz, S. 105: "Die Ansicht einzelner Juristen der zweiten Hälfte des 17 JH. die unter Hinweis auf das röm. Recht, die Schmerzensgeldklage als actio Aquilia bezeichnen, beruht auf der unzulässigen Annahme, daß im röm. Recht das Wort damnum als gleichbedeutend mit Körperschaden zu betrachten sei."

Man darf bei der Untersuchung der Funktion der deliktsrechtlichen actiones des römischen Rechts auf keinen Fall aus den Augen verlieren, daß es deren Ziel war, die Zusprechung einer Buße (poena) zu gewähren, und sie grundsätzlich nicht die Wiederherstellung des früheren Zustandes oder die Leistung eines Ersatzes bezweckten. Die Bußansprüche des klassischen Rechts führten in erster Linie zur Bestrafung des Verantwortlichen und zu einer Genugtuung für den Verletzten; da außerdem die als Buße zu zahlende Summe dem Verletzten anheimfiel, gab sie allerdings de facto, selbst wenn man sich dessen damals nicht bewußt war, auch Ersatz in Form einer Entschädigung in Geld und dies auch für immaterielle Schäden im Rahmen der actio iniuriarum aestimatoria.

Wenn nun gelegentlich in der Lehre behauptet worden ist, daß den Römern eine Schmerzensgeldklage unbekannt war und diese Klage im römischen Recht keine Begründung hat[25], so ist daran nur richtig, daß dem römischen Recht ein als Wiedergutmachung verstandenes Schmerzensgeld unbekannt war. Jene Meinung ist auch aus den Quellen nicht zu belegen, insbesondere nicht aus der immer wieder zitierten Stelle bei Gaius[26], wo es heißt: "cicatricum et deformitatis nulla fit aestimatio quia liberum corpus nullam recipit aestimationem".
Allein aus diesem Satz läßt sich aber nicht schließen, daß eine Herleitung der Schmerzensgeldklage aus dem römischen Recht unrichtig ist, denn für die betreffenden Klagen, für die diese Regel aufgestellt ist, bildet ein damnum (allgemein: Schaden) die Klagevoraussetzung[27]. Der obige Satz bezieht sich daher nicht auf die Unzulässigkeit einer aestimatio überhaupt, sondern ausschließlich auf die Unzulässigkeit einer aestimatio

---

25) Bocksch, S. 2; Gensler, ACP 1 S. 144
26) D 9,3,7
27) so heißt es an anderer Stelle D 9,2,5,1 ad legem Aquiliae: "sed duae erunt aestimationes alia damni, alia contumeliae."

damni. Hieraus nun die Unzulässigkeit einer Herleitung der Schmerzensgeldklage zu folgern, würde voraussetzen, daß die Abschätzung (aestimatio) von Schmerzen die Abschätzung eines Schadens sei, und daß die Römer die Schmerzen als Schaden angesehen hätten. Letzteres ist jedoch eindeutig nicht der Fall; als damnum bezeichneten die Römer immer nur einen Vermögensschaden[28]. Es kann daher aus dem Satz "...corpus nullam recipit aestimationem" nur gefolgert werden, daß die Römer für erlittene Schmerzen keine aestimatio damni zugelassen haben, da die Zufügung von Schmerzen keinen Vermögensschaden nach sich zog; nicht darf daraus geschlossen werden, daß es im römischen Recht bei der Verletzung des Körpers eines Freien nie eine aestimatio gegeben hat. Ganz im Gegenteil: wenn auch das römische Recht es nicht gestattet, den Körperwert eines Freien in Geld auszudrücken, so konnten die zugefügten Schmerzen doch bei der Festsetzung der Strafsumme in Ansatz gebracht werden, so daß, wenn auch nicht von einer aestimatio damni, so doch von einer aestimatio poenae gesprochen werden kann.
Die Berücksichtigung des immateriellen Schadens bei der Festsetzung der Bußen, insbesondere im Rahmen der actio iniuriarum aestimatoria birgt unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die gezahlten Bußgelder dem Geschädigten zuflossen, Ansätze für einen Schmerzensgeldanspruch, wenn auch von einer eigenen Schmerzensgeldklage im Römischen Recht nicht gesprochen werden kann.

II Das Germanische Recht

Auch die germanischen Volksrechte kannten kein eigentliches deliktisches Schadensersatzrecht. Die deliktische Verletzung

---

28) Seitz, S. 102

von Rechtsgütern führte zu Bußansprüchen gegen den Schädiger, die sowohl Straf- wie Ersatzfunktion hatten. Eine Unterscheidung von Strafrecht und Schadensersatzrecht gab es nicht.
Die Germanen faßten alle Delikte unter den Begriff des Friedensbruchs zusammen.
Hierbei unterschied man nach der Schwere der begangenen Missetat schwere Friedensbrüche, die eine öffentliche Strafe nach sich zogen und, soweit eine Verletzung des Gemeinwesens vorlag, von Amts wegen verfolgt wurden, und gemeine Friedensbrüche. Die letzteren waren zunächst Privatsache und beschäftigten die öffentliche Gewalt nur, wenn sie vom Verletzten oder dessen Sippe mit einer Klage vor Gericht gebracht wurden[29].

A) Die Fehde als Folge des Friedensbruches

Die rechtliche Reaktion gegen jeden Friedensbruch war die Fehde. Beim gemeinen Friedensbruch wurde der Friedensbrecher zum Feind des Verletzten und dessen Sippe, was zur Folge hatte, daß diese ihn ungestraft angreifen, schädigen und unter Umständen sogar töten konnten.
Diese Fehde hatte lediglich privaten Charakter, die Friedlosigkeit des Täters war eine relative gegenüber dem Verletzten und seiner Sippe. So hatte sie die Bedeutung einer erlaubten Rache oder Selbsthilfe; sie mußte sich in den Grenzen der bloßen Wiedervergeltung halten und in offenkundiger Weise vollführt werden. Die Beendigung der Fehde konnte durch gerichtlichen oder außergerichtlichen Sühnevertrag erfolgen[30]. In beiden Fällen geschah dies dadurch, daß die befehdete Partei durch Zahlung eines Sühnegeldes, das nach Viehhäuptern festgesetzt wurde, den Frieden erkaufte und von den bisherigen Gegnern ein eidliches Friedensversprechen erhielt, auf Grund dessen die Fehde aufgehoben wurde. Das Friedensversprechen - Urfehde genannt - stellte den Befehdeten fehdefrei.

---

29) Brunner, S. 794 ff
30) Schröder, S. 73 ff u. S. 339 ff

Die Höhe des Sühnegeldes wurde, solange der Verletzte noch kein Gericht in Anspruch genommen hatte, zwischen den Parteien frei ausgehandelt. Hatte sich hingegen das Opfer bereits an das Gericht gewandt, so erfolgte die Festsetzung des Sühnegeldes durch Urteil. Es wurde nach dem Sprachgebrauch hierbei zwischen dem Wergeld, das als Sühne für die Tötung zu zahlen war, und der Buße (compositio) bei sonstigen Verletzungen unterschieden. Einen Teil des Sühnegeldes erhielt der Kläger, den anderen das Gericht. Es wurden hier somit zwei ganz verschiedenartige Leistungen vom Täter erbracht, nämlich einmal die an den Kläger für den Verzicht auf die Fehde zu zahlende eigentliche Buße (das Fehdegeld) und das dem Träger der öffentlichen Gewalt zustehende Friedensgeld.
Bei der Bemessung des Friedensgeldes und der Buße bildeten sich allmählich gewisse feste Gewohnheiten heraus, nach denen Stand, Alter und Geschlecht des Verletzten Berücksichtigung fanden[31].

B) Das Bußtaxensystem des germanischen Rechts

Mit der Zeit entwickelte sich ein Kompositionensystem; es wurden - wohl um der Fehde zu begegnen - erschöpfende Bußtaxen aufgestellt[32], die in den Volksrechten der einzelnen Stämmen jeweils eine gesonderte Regelung fanden und daher eine verwirrende Vielfalt bieten.
Bei der Festsetzung der Bußen wurde die Verletzung sowohl materieller als auch immaterieller Rechtsgüter berücksichtigt. Auffällig ist die starke Differenzierung bei den Tatbeständen der Körperverletzung, die sich nach den äußerlichen Verletzungs-

---

31) Ein geregeltes Bußensystem hat sich wohl zuerst innerhalb der Sippe ausgebildet, da der Sippenfriede die Fehde unter den Verwandten ausschloß.
32) Schröder, S. 344

folgen richten. Hier können generell drei große Gruppen voneinander unterschieden werden:[33]

a) Verstümmelung und Lähmung

Hier richtet sich die Höhe der Buße nach der Bedeutung des verstümmelten Gliedes und wird mit einem Bruchteil des Wergeldes (Buße für die Tötung eines Menschen) festgesetzt. Bei manchen Verstümmelungen, so bei der Entmannung, bei Verlust beider Füße, Hände oder Augen, stieg die Buße bis zur Höhe des Wergeldes.

Bei der Lähmung eines Gliedes wurde die Hälfte der für das betreffende Glied festgesetzten Verstümmelungsbuße zugesprochen.

b) Blutwunden

Hierbei handelt es sich um Wunden, die keine Lähmung, jedoch Blutverlust zur Folge haben. Je nach Art der Wunde werden mannigfache Unterscheidungen getroffen. Eine Sonderstellung nehmen solche Wunden ein, die eine dauernde und sichtbare Entstellung herbeiführen, oder solche, die nicht geheilt werden können; für sie ist die Bußtaxe entsprechend höher.

c) der trockene Schlag

Hierunter fallen Verletzungen, die weder Lähmung noch Blutverlust zur Folge haben, sondern nur Beulen und blaue Flecken zurücklassen.

Weiterhin werden in den Quellen verschiedene andere Mißhandlungen und Gewalttätigkeiten genannt, die als bußfähig angesehen wurden, so das einfache Schlagen, ins Haar greifen, zur Erde, ins Wasser, vom Pferd werfen. Hierbei ist auffällig, daß einzelne dieser Delikte wegen ihres ehrkränkenden Charakters mit verhältnismäßig hohen Bußen bedroht waren.

---

33) so Brunner, S. 822

Desweiteren wurden auch Ehrkränkungen und die falsche Anschuldigung mit der Zahlung einer Buße geahndet; hier genoß insbesondere die weibliche Ehre besonderen Schutz[34].

C) Funktion der Bußansprüche

Die Untersuchung der germanischen Volksrechte ergibt wie die des römischen Rechts, daß es zwar schon einen Schutz gegen die Verletzung immaterieller Rechtsgüter gab, daß jedoch die an die Verletzung geknüpften Rechtsfolgen in erster Linie poenalen Charakter hatten, auch wenn es sich dabei um Geldleistungsansprüche des Verletzten handelte. Der Grund hierfür kann wohl in erster Linie darin gesehen werden, daß der Haftungsgrund deliktischer Natur war und deshalb wie bei allen anderen Delikten poenale Bußansprüche ausgelöst wurden, die wohl historisch die gemeinsame Wurzel des gesamten deliktischen Schadensrechtes sind.

Es kann aber auch nicht von der Hand gewiesen werden, daß sowohl die Buße nach römischem als auch nach germanischem Recht Grundzüge des Wiedergutmachungsgedankens aufweisen, wenn auch dem damals in dieser Hinsicht noch undifferenzierten Rechtsbewußtsein die Möglichkeit eines auf jeglichen Sühnezweck verzichtenden, lediglich auf Wiedergutmachung bedachten zivilrechtlichen Schadensrechts völlig unbekannt war[35].

III) Das Gemeine Recht

A) Die Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs im Gemeinen Recht

Im gemeinen Recht fand der Ausgleich für immaterielle Schäden zunächst wenig Beachtung; Anlaß hierzu mag die folgende Gaius-

---

34) Brunner, S. 867
35) Eickhoff, S. 30

Stelle[36] und ihre Auslegung gewesen sein: "Omnium autem formularum quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est, itaque et si corpus aliquod petamus, velut fundum, hominem, vestem, aurum, argentum iudex in ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim alium fieri solebat (sed) aestimata re pecuniam eum condemnat."

Infolge dieser pecuniaria condemnatio des Formularprozesses wurde eine Forderung ohne Geldwert nicht mehr zugelassen; es setzte sich die Anschauung durch, daß nur der Vermögensschaden ein Schaden im Rechtssinne sein könne; hierbei hatte die historische Rechtsschule wesentlichen Anteil, die als Gegenstand obligatorischer Ansprüche nur Vermögensobjekte anerkannte[37].

Das gemeine Recht übernahm zwar die actio iniuriarum des römischen Rechts, ließ sie aber schließlich zur völligen Bedeutungslosigkeit herabsinken, was nicht verwunderlich war, da sie ja praktisch - im Widerspruch zur Interpretation des Gaius - eine Entschädigung für ideelle Nachteile gewährte.

Allerdings finden wir bei der Körperverletzung eine Ausnahme von dem Dogma des Vermögenswertes der Obligation. Hier wurde zur Zeit des gemeinen Rechts ein Schmerzensgeldanspruch fast allgemein anerkannt[38].

Der Ursprung dieses Schmerzensgeldanspruches wird meist in den Artikeln 20 und 21 der peinlichen Gerichtsordnung Kaiser Karls V. gesucht, in denen bestimmt ist, daß der unschuldig gefolterte einen Anspruch gegen die Richter wegen der erlittenen Schmerzen hat. Diese Vorschriften lauten:

> Art. 20 .....wo auch eyniche oberkeyt oder Richter inn sollichem uberfuren, sollenn die, dem so allso

---

36) Gaius IV, 48
37) Jhering, in Jherings.Jahrb. 18,41 ff; siehe hierzu auch Deutler, S. 17
38) Klickermann, S. 36

wider Recht, one die bewisen anzeygung, gemartert werde, seiner schmach, schmertzen, costen und schaden der gepure ergezung zu thun schulldig seyn."

Art. 21:"...so auch der Richter daruber uff sollich der Warsager angebenn, weiter furfüre, soll er dem gemarterten, kosten schmertzen, iniurien und schedenn, wie im nechst abgesatzten artickel gemelldt, abzulegen schulldig seyn."

Allerdings lassen sich schon vor der Zeit der Carolina in der Rechtsgeschichte Spuren für die Gewährung eines Schmerzensgeldanspruches finden. So schreibt bereits im 15. Jh. Johannes Purgoldt[39]:

"Fellet ein man in eine gruben oder in einen Bornn, die unvorblichet stet, und brichet ein Beynn, oder eynen arm, oder wirdet wundt, der muß ome den arczt abelegenn und kost und seinen schaden, aber umb seynen schmerczen darff er om nichts thun, noch busenn, noch dynenn, umbe das er sich selber solde habe bewart und vorgesehenn. Wer er aber blindt gewest, oder kranckes gesichts, so muss ome, der die gruben gemacht hette, darum eczwas vor seinen schadenn und schmerczenn geben, noch dem also die scheppen das bilichtenn".

In einer Kölner Chronik[40] wird berichtet, daß man im Jahre 1431 einem zu Unrecht Gefolterten ein Schmerzensgeld von 10 Gulden zugesprochen hat. Hier heißt es:

"...Die Scheffen vergaissen ir vurgeloeste ind pingenden den boden nae keiserlichen rechten ind wart sere verbrant ind gepinget me dan zo einre zit, buissen unser heren urlouf vanme rade up des clegers sleichte wort, ind dat weirte wail ein half jair. - Do wart bedingt, dat men die artzedie ind cost beme boden, die he ein half jair, as he gefangen gewest was, belegen solde, ind vur sinen schmertzen 10 gulden bekant zu geven."

Es kann vermutet werden, daß die Bestimmung der Art. 20 und 21 der Carolina als eine Bestätigung schon bestehender deutscher Rechtsideen anzusehen sind, wenn auch im alten deutschen Recht

---

39) Das Rechtsbuch, IV, S. 24
40) Städtechroniken, XIV, S. 768, 769

das Schmerzensgeld (auch der Sachsenspiegel kennt es nicht) nirgends ausdrücklich erwähnt wird[41].

Auch in den Vorläufern der Carolina, der Bamberger (mater Carolinae) und der Brandenburger Halsgerichtsordnung (soror Carolinae) finden sich die entsprechenden Bestimmungen noch nicht.

Dem ersten Projekt der Carolina aus dem Jahre 1521 sind sie ebenfalls fremd. Es ist nicht genau zu ermitteln, wie diese Regelung in den zweiten Entwurf des Gesetzes gelangt ist; es wird jedoch vermutet, daß dieser Entwurf einer Kommission sächsischer Juristen vorgelegen hatte und daß auf deren Veranlassung hin die betreffenden Sätze eingefügt worden sind, denn in Sachsen galt zur Zeit der Carolina noch das Kompositionensystem. Es kann angenommen werden, daß man es auf diese Weise verstand, partikulare Gewohnheiten in das gemeine Recht hineinzutragen[42].

Die Frage nach der Rechtsnatur des in der Carolina vorgesehenen Schmerzensgeldanspruches kann heute nicht mehr mit Sicherheit beantwortet werden, es ist jedoch unzweifelhaft, daß wegen der Schmerzen nicht eine besondere Schmerzensgeldklage eingeführt werden sollte.

Trotz dieser beiden Artikel der Carolina sprechen die Juristen des 16. und des Anfangs des 17. Jahrhunderts nicht von einer Berücksichtigung der Schmerzen. Sie scheinen sogar einem Schmerzensgeldanspruch die Anerkennung zu versagen, denn selbst in den Schriften, in denen sie ausdrücklich zur actio iniuriarum oder der actio legis Aquiliae Stellung nehmen oder die Bußtaxen des sächsischen Rechts behandeln, erwähnen sie das Schmerzens-

---

41) Elterlein, S. 125: "Die Gesetze der alten Deutschen kennen dieses Institut nicht, und es läßt sich auch bei der Handlungs- und Denkungsweise dieses kräftigen Kriegervolkes gar nicht anders erwarten, als daß sie für erduldeten Körperschmerz eine Bezahlung zu verlangen, nicht für schimpflich gehalten haben sollten."

42) Bocksch, S. 8; Seitz, S. 117

geld mit keinem Wort[43]. Die actio legis Aquiliae wird getreu dem römischen Recht auf Ersatz der Kurkosten und des Arztlohnes sowie auf den entgangenen Arbeitsverdienst und die Beeinträchtigung der Erwerbstätigkeit beschränkt.

Fraglich ist hingegen, ob nicht schon im Anfang des 17. Jahrhunderts in Süddeutschland eine Schmerzensgeldklage bekannt war. Ein Hinweis hierfür ergibt sich aus einer Bemerkung des namhaften württembergischen Juristen Heinrich Bocer (gest.1630)[44], der betont, daß bei der actio legis Aquiliae utilis die Beschränkungen des römischen Rechts bestehen und daß man bei dieser Klage auf die zugefügten Schmerzen keine Rücksicht nehmen dürfe. Allerdings führt er weiter aus, daß, wenn wegen der Schmerzen allein geklagt werde, ein Schmerzensgeld zuzusprechen sei. Zur Stützung dieser Auffassung führt er zwei Urteile der höheren württembergischen Gerichte aus dem Jahre 1614 an.

Auch bei Carpzov[45] findet sich eine Erwähnung der Schmerzen des Verletzten, aber auch er kennt keine eigene Schmerzensgeldklage, sondern nach ihm bildet die Berücksichtigung der Schmerzen bei Körperverletzungen lediglich einen Maßstab für die Höhe der zu zahlenden Buße[46]. Hierzu führt er ein Leipziger Urteil aus dem Jahre 1630 an, in welchem ausgesprochen wurde, daß der Täter dem Verletzten den zugefügten Schaden "mit 50 Thalern zu verbüssen schuldig sei."

Die späteren Schriftsteller nach Carpzov bejahen durchweg die Berücksichtigung der Schmerzen, allerdings nicht mehr in einer

---

43) Bocksch, S. 10; Wächter, S. 78

44) Dissertat. de univers. jur. Class. IV disp. II nr. 35 b; dort heißt es: "Errant itaque indocti Rabulas forenses, quos ius nostrum Wirtembergicum Entenmeyer appelat, quando in libello actionis legis Aquiliae, Für empfangenen Schaden und Schmertzen einen Abtrag begehren."; Wächter, S. 79 ff; Bocksch, S. 11 ff

45) Practica nova nr. 99 sowie nr. 7-27, 29 u. 33-43

46) Die im Sachsenspiegel enthaltenen bestimmten Bußtaxen waren durch Gewohnheitsrecht in eine arbiträre Privatstrafe umgewandelt worden, - diese Privatbußen hielten sich im sächsischen Recht länger als im übrigen Deutschland

Kombination mit dem Anspruch auf Zahlung einer Buße, sondern in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens.

Hier kann der eigentliche und unmittelbare Ursprung der Schmerzensgeldklage als einer auf Ersatz gehenden Klage vermutet werden; die Ersatzklage bei Körperverletzungen wurde nach ihrem wesentlichsten Element, den erlittenen Schmerzen, bezeichnet.

Insbesondere ist von den Juristen ausgangs des 17. Jahrhunderts Georg Adam Struve hervorzuheben, der wohl als erster das Recht auf Schmerzensgeld zum Schadensersatz zählt. In seinem berühmten Werk: Jurisprudentia Romano-Germanica forensis, einem der verbreitesten Lehrbücher der damaligen Zeit, führte er im Kapitel über die actio legis Aquiliae[47] aus, daß bei der Ersatzklage im Gegensatz zum römischen Recht nicht bloß die Kurkosten und Arbeitsversäumnisse in Anschlag zu bringen seien, sondern auch die Schmerzen angerechnet werden müßten.

Seiner Autorität kann es wohl zugeschrieben werden, daß die Klage auf Schmerzensgeld im gemeinen Recht als Ersatzklage ihre Geltung fand.

Ihm folgte Samuel Stryck, in seinem Werk:"Usus modernus Pandectarum". Er spricht davon, daß die durch eine Verwundung zugefügten Schmerzen, obgleich sie an sich nicht aestimabel seien, zu dem Schaden zählten und die Praxis daher richtigerweise eine Ersatzklage wegen der Schmerzen und des erlittenen Schadens

---

47) Liber III Zit. 23 § 20: "Vindicabatur hoc olim per legem Aquiliam, ut ad illum Titulum Digestorum exponitur. Hodie damnum illatum aestimatur, et ad eius reparationem agitur; sic si vulneratus quis sit non solum mercedes medicis et chirurgis praestitae, aut operae, quibus quis caruit aut carituras est, ob vulnus, in hanc aestimationem venire solent sed et doloris et cicatricum atque deformitatis ratio habetur, si id nominatim petat vulneratus."

zulasse[48]. Ebenso spricht Justus Henning Böhmer von der Berücksichtigung der Schmerzen als einem feststehenden allgemeinen Gewohnheitsrecht[49].

B) Die Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruchs im Gemeinen Recht

So setzte sich der Ersatzgedanke bei der Frage nach der Funktion des Schmerzensgeldanspruches im gemeinen Recht immer mehr durch und fand schließlich auch eine Mehrheit, die getrost als herrschende Meinung bezeichnet werden darf.
Es gab aber auch Gegenstimmen[50], die den Standpunkt vertraten, die Schmerzensgeldklage sei eine Poenalklage.
So ist es insbesondere Seitz, der für den Strafcharakter des Schmerzensgeldes plädiert; auch er leugnet zwar nicht die Tatsache, daß die Schmerzensgeldklage als selbständige Klage des gemeinen Rechts anerkannt sei, er bestreitet jedoch, daß diese Übung auf einem gültigen Gewohnheitsrecht beruhe, da es hierfür

---

48) Usus mod. Pand., Lib. IX tit. II § 10: "Hoc quoque ad usum fori pertinet, quod ist, qui alterum vulneravit, non tantum ad impensas Medicorum, et mercedem operarum, quibus caruit et carituras est, teneatur, sed simul in certam pecuniam pro pensando dolore condemnetur, de cuius justitia merito dubitari poterat. Certe doloris aestimationem per se nullam esse posse, unusquisque fatebitur. Cum enim vulnera ipsa aestimationem in libero homine non recipiant, nec dolor ex vulneribus ortus aestimari poterit .... Interim tamen, cum augeatur damnum homini illatum ex doloribus, non iniqua est illa praxis, quae pro qualitate vulneris aliquam dolorum aestimationem admittit, arbitrio Judicis determinandam, quae res fundamentum habe in Const. Crim. Car. art. 20, ubi Judex ob torturam inique illatam, etiam in compensationem doloris ad arbitrariam quandam satisfactionem condemnari potest;"

49) Introductio in jus Digestorum Lib. tit. II, 9 (IV): Damna in re aestimabili data: hinc si corpus liberi hominis laesum, ex aequitate utilis dabatur. - Quin et moribus in certam pecuniam, pro pensando dolore, condemnatio fieri solet."

50) Puchta, § 388 Anm. h; Gensler, a.a.O., S. 145 ff; Seitz, a.a.O., S. 120 ff

an der Vernünftigkeit und der Übereinstimmung mit höheren Rechtsprinzipien fehle[51].

Er sieht die historische Grundlage nicht im römischen Recht, sondern allein im Kompositionensystem des älteren deutschen Rechts[52], aus dem die Klage in die Carolina gelangt sei. Sämtliche Kommentatoren hätten aber das Schmerzensgeld ausschließlich als Strafklage bezeichnet, so daß auch die spätere Rezeption des römischen Rechts am Strafcharakter der Schmerzensgeldklage nichts habe ändern können. Es handele sich dabei um eine selbständige Privatpoenalklage, in der Form der actio legis Aquiliae oder der actio iniuriarum aestimatoria; beide Klagen könnten kumulativ konkurrieren.

Ebenfalls dieser Auffassung ist Gensler[53], der die Berücksichtigung der Schmerzen allein auf die Bußtaxen des germanischen Rechts zurückführt; er zieht hieraus den Schluß, daß ein gewohnheitsrechtlich anerkannter Schmerzensgeldanspruch, der sich im Anschluß an die Carolina entwickelt habe, nur Strafcharakter haben könne.

Dieser Auffassung ist insbesondere Wächter[54] entgegengetreten; er hat nachgewiesen, daß es sich bei dem Anspruch auf Schmerzensgeld um einen Ersatzanspruch und nicht um eine Strafe handelt. Er argumentiert dabei aus der historischen Entwicklung und führt an, daß sich seit Struve ein deutsches Gewohnheitsrecht gebildet habe, das dem Schmerzensgeld Ersatzfunktion beimißt. Die Klage, mit welcher der Ersatz geltend gemacht werden könne, sei die actio legis Aquiliae utilis, die durch die Einfügung des deutschrechtlichen Schmerzensgeldes erweitert werde.

---

51) Seitz, a.a.O., S. 134 ff
52) s.o. S. 46
53) a.a.O.
54) S. 74 ff

Dem Einwand Windscheids in seinem Lehrbuch des Pandektenrechts[55], Schmerzen und Geldleistungen seien unvergleichbare Größen und das Schmerzensgeld könne schon aus diesem Grunde nicht Ersatz sein und müsse deshalb Strafe sein, entgegnet er[56], daß man allein aus dieser Verschiedenheit noch nicht die Konsequenz ziehen könne, daß das Schmerzensgeld nicht Ersatz sei; es komme ganz auf den Sinn an, den man ihm für das konkrete Verhältnis beilegen müsse. So komme es nicht selten vor, daß man unschätzbare Dienste mit Geld belohne, und die einem anderen zugefügte Kränkung mit Geld wieder gutzumachen suche; auch in letzterem Falle denke man nicht an Strafe, sondern an Entschädigung. Auch entspreche die Ersatzfunktion des Schmerzensgeldes dem natürlichen Empfinden des Verletzten, der gerne für die ausgestandenen Schmerzen eine Zahlung annehme, die nach ganz anderen Gesichtspunkten zu bemessen sei, als eine Strafe für den Verletzten zu bemessen wäre.

Dieser Meinung hat sich später auch Windscheid angeschlossen, der sich noch bis zum Erscheinen von Wächters Arbeit über die Buße für den Strafcharakter des Schmerzensgeldanspruchs ausgesprochen hatte. In der 4. Auflage seines Pandektenrechtslehrbuchs[57] bekennt er sich zu der Auffassung von der Ersatznatur des Schmerzensgeldes. Auch er wertet es als Entschädigung, wenn die bei dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung, durch eine Vermögensleistung wieder aufgewogen wird. Die Schmerzensgeldklage sei daher eine utilis actio legis Aquiliae und keine utilis actio iniuriarum[58].

Hand in Hand mit dem Meinungsstreit über die Rechtsnatur des gemeinrechtlichen Schmerzensgeldanspruches geht die Diskussion

---

55) II.Bd. 1. Aufl. §§ 455 Anm. 29 ff
56) Wächter, a.a.O.
57) II. Bd. 4. Aufl. § 455 Anm. 31
58) so auch das O.A.G. Rostock vom 30.10.1871 Seuff.Arch. 31, Nr. 232

um zahlreiche Einzelfragen wie z.B. über die Vererblichkeit des Anspruches, die Bemessung der Höhe des zu bewilligenden Betrages und den Verschuldensgrad, der für die Bewilligung des Anspruches vorausgesetzt wird.
Ebenso ist man sich nicht darüber einig, ob ein Schmerzensgeld auch bei fahrlässiger Körperverletzung gewährt werden oder ob dies ausschließlich auf vorsätzliches Handeln des Verletzers beschränkt bleiben soll.
Das oberste Appellationsgericht in München[59] führt dazu in einer Entscheidung aus dem Jahre 1871 aus, daß die Praxis ein Schmerzensgeld meist nur bei vorsätzlichen Verletzungen bewilligt habe. Die herrschende Meinung[60] hingegen gibt den Anspruch auf Schmerzensgeld auch im Falle fahrlässiger Körperverletzung und rechtfertigt dies mit der Ersatznatur des Anspruches.

C) Die Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruchs im Gemeinen Recht

Die Frage nach der Vererblichkeit des Schmerzensgeldanspruches bereitet den Vertretern der "Ersatztheorie" einige dogmatische Schwierigkeiten. Geht man davon aus, daß es sich dabei um eine Entschädigung handelt, so müßte dieser Anspruch wie jeder andere Schadensersatzanspruch mit dem Tode auf die Erben des Verletzten übergehen. Dies wird jedoch von fast allen Schriftstellern verneint und auch von der Praxis wird die Schmerzensgeldklage für aktiv unvererblich erklärt.
Wenn auch das Schmerzensgeld nicht Genugtuung für eine dem Verletzten zugefügte Kränkung sei, führt Windscheid hierzu aus, so sei es doch Entschädigung für etwas, was ebensowenig auf

---

59) Seuff.Arch. 4, Nr. 227
60) Windscheid, a.a.O., § 455,7; Stobbe, a.a.O. § 203,2; Bocksch, a.a.O. S. 54

die Erben des Verletzten übergehe wie die Ehrenkränkung. Mit dem Verletzten sterbe auch der von ihm erduldete Schmerz, während der Vermögensschaden ja andauere und somit auch auf die Erben übergehe.
Man ist sich im wesentlichen darüber einig, daß es sich aufgrund der höchstpersönlichen Natur des Schmerzensgeldanspruches um eine wesensbedingte Anomalie handelt, die die Unvererblichkeit rechtfertigt.
Sieht man hingegen die Schmerzensgeldklage als Poenalklage an, so wird der Schmerzensgeldanspruch nach allgemeinen Grundsätzen über die Vererblichkeit von Strafklagen erst durch Klageerhebung aktiv und passiv unvererblich.

D) Bemessungsgrundsätze für den Schmerzensgeldanspruch im Gemeinen Recht

Eng verknüpft mit dem Problem der Rechtsnatur ist auch die Frage nach der Bemessungsgrundlage für die Höhe des im Einzelfall zu gewährenden Schmerzensgeldes.
Eine Ansicht will das Schmerzensgeld ein für allemal auf bestimmte Geldbeträge festsetzen; diese Auffassung geht auf die altdeutschen Gliedertaxen zurück; so soll z.B. das Schmerzensgeld die Summe von 8-10 Reichstalern nicht übersteigen[61].
Vor allem die Anhänger des Entschädigungsgedankens[62] sind solchen festen Taxen abgeneigt und wollen im Einzelfall dem Umfang, der Art und der Dauer der erlittenen Schmerzen Rechnung tragen.
Hier muß zunächst die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung nach dem Maße ihrer größeren oder geringeren Heftigkeit abgeschätzt werden. Diese unangenehme Empfindung soll nun dadurch ausgeglichen werden, daß der Verletzte eine größere oder geringere Summe Geldes erhält, was bei ihm wiederum eine

---

61) siehe hierzu Seitz, S. 182 ff
62) für alle Windscheid, § 455, Anm. 7

angenehme Empfindung hervorruft. Die unangenehme Empfindung der körperlichen Schmerzen wird durch die angenehme Empfindung einer Geldzuwendung ausgeglichen; dadurch wird der Verletzte in einen Zustand versetzt, in dem er die früheren Verletzungen nicht mehr fühlt und somit volle Befriedigung erfährt.
Auf den Grad des Verschuldens und die Vermögensverhältnisse des Verletzers kommt es dabei nicht an. Der zu zahlende Betrag bleibt bei gleichen Schmerzen stets der gleiche, andere Faktoren bleiben für die Bemessung außer Betracht[63].
Diese Bemessungsweise wird von den Befürwortern der Poenalfunktion scharf angegriffen. Insbesondere Seitz[64] vertritt die Ansicht, daß die Eigenschaft der Schmerzensgeldklage als Strafklage dazu zwinge, die Aestimationssumme nach den selben Grundsätzen abzustufen, wie eine Strafe; dies habe zur Folge, daß neben dem objektiven Maßstab, welcher sich nach der Größe der Schmerzen richte, in gleichem Maße auch der subjektive zu würdigen sei; derjenige, der die Schmerzen "dolose" verursacht habe, müsse stets strenger bestraft werden als derjenige, der die gleichen Schmerzen bloß "culpose" zugefügt habe. Auch seien die Vermögensverhältnisse des Verletzers zu berücksichtigen, nur so könne verhindert werden, daß einen Tagelöhner die gleiche Strafe treffe wie einen Rothschild. Das Vermögen des Verletzten solle bei der Bemessung außer Betracht bleiben.

Die Beschäftigung mit dem gemeinen Recht zeigt, daß hier bereits Probleme, die in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruchs stehen, eingehend diskutiert wurden und im Schrifttum zu überaus kontroversen Meinungen geführt haben, denen wir bei der Untersuchung des Schmerzensgeldanspruches nach § 847 BGB wieder begegnen werden[65].

---

63) Wächter, S. 75; Bocksch, S. 50; Windscheid, § 455 Anm. 31
64) Seitz, a.a.O., S. 194
65) s.u. S. 118 ff

IV Der Schmerzensgeldanspruch und die partikularrechtlichen Kodifikationen.

Für die historische Entwicklung des Schmerzensgeldanspruches spielen auch die deutschen Partikularrechte eine nicht unbedeutende Rolle; sie müssen an dieser Stelle ebenfalls in Betracht gezogen werden, da sie dem Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches bei der Fassung des § 847 BGB vorlagen und sich aus den Motiven erkennen läßt[66], daß man sich bei den Beratungen mit den einzelnen Vorschriften auseinandergesetzt hat.
In den Partikularrechten war ein Schmerzensgeldanspruch teils ausdrücklich anerkannt, teils aber auch ausdrücklich ausgeschlossen.

A) Bayern:

Das bayrische Landrecht aus dem Jahre 1756 beschränkt die Ersatzpflicht auf materielle Schäden.
Im vierten Teil heißt es in Kapitel 16 § 6 Nr. 4:

> "...wird auch ein Schaden, welcher dem Menschen durch Wunden und Todschläge zugehen, unter freyen und leibeigenen Leuten nicht mehr distigniert, folglich muß der Verwundete, wenn anders der Täter in dolo vel culpa ist, nicht nur der auf die Kosten halber sondern auch um allen anderen an seiner Profession und Nahrung etwa dadurch erlittenen Schaden und Entgang satisfacirt werden."

In dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1860 wird die Gewährung eines Schmerzensgeldes grundsätzlich verweigert. Art. 947 dieses Entwurfes bestimmt:

> "Hat die Verletzung eine bleibende Verunstaltung bewirkt, welche geeignet ist, dem Beschädigten die Aussicht auf ein besseres Fortkommen oder auf eine Versorgung zu entziehen oder zu schmälern, so kann hierfür eine angemessene Entschädigung gefordert werden."

---

66) Motive II, S. 800; hierzu auch Deutler S. 29

In den Motiven hierzu ist ausgeführt, daß ein Anspruch auf Schmerzensgeld durch die Fassung des Entwurfs nach dem Vorbild der neueren Gesetzgebung ausgeschlossen sei; als Begründung hierfür wird gesagt, daß Schmerzen, da sie nicht meßbar seien, noch viel weniger in Geld veranschlagt werden könnten.

Allerdings wird eingeräumt, daß bei dem billigen Ermessen, mit dem die vermögensrechtlichen Ersatzleistungen vom Richter zu bestimmen sind, auch die erduldete schmerzhafte Krankheit in Betracht gezogen werden müsse. Auf diese Weise wird so für das Schmerzensgeld ein eigener Anspruch ausgeschlossen, doch finden die Schmerzen als Rechnungsposten bei der Bemessung des Vermögensschadens Berücksichtigung.

B) Württemberg

Auch im württembergischen Gesetz betreffend die privatrechtlichen Folgen des Verbrechens vom 5.9.1839 wird kein Anspruch auf Schmerzensgeld gewährt. Hier heißt es in Art. 14:

> "Wegen Körperverletzung ist die Forderung eines Schmerzensgeldes unstatthaft. Ist die verletzte Person durch die Mißhandlung verunstaltet worden, so muß bei Zuerkennung des Schadensersatzes insoweit auf diesen Umstand besonders Rücksicht genommen werden, als das bessere Fortkommen der Person dadurch verhindert werden kann."

Auch hier geht man bei der Frage nach dem Inhalt des Schadensersatzanspruchs davon aus, daß nur der Vermögensschaden ein Schaden im Rechtssinne sei.

C) Baden

Auch das badische Landrecht lehnt einen Anspruch auf Schmerzensgeld ausdrücklich ab. In einem Zusatz f zu Art. 1382 des seit dem 1. Juli1809 eingeführten Code Napoleon ist bestimmt:

"Bei persönlichen Beschädigungen besteht die Entschädigung in den Herstellungskosten und in dem entbehrten Verdienst des Beschädigten; Schmerzensgeld kann nicht gefordert werden."

Das Schmerzensgeld war in Baden schon vor der Einführung des Code Napoleon abgeschafft worden. Hierzu wird folgende Begründung gegeben:[67]

"Man hat es bei der hiesigen Gesetzgebung immer für eines freien Menschen unwürdig angesehen, seine Ehre durch aestimatorische Iniurien-Klagen oder seine Empfindungen durch ein Schmerzensgeld taxieren und somit sich als Ware behandeln zu lassen. Und, da die Gesetzgebung dergleichen Selbstgeringschätzungen niemals begünstigen soll, so ist dies die Ursache geworden, warum in jenem Edikt des Falls nicht bestimmt worden."

Auch auf Grund des Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen vom 6.3.1845, durch das Art. 1382 f Code Napoleon aufgehoben wurde, änderte sich hinsichtlich des Anspruchs auf Gewährung eines Schmerzensgeldes nichts. Es wurde zwar für Verunstaltungen eine Entschädigung gewährt, aber nur dann, wenn dadurch das Fortkommen des Verletzten behindert wurde. Die Vorschriften enthielten jedoch eingehende Regelungen über die bei der Bemessung zu berücksichtigenden Grundsätze; so z.B. in § 14 wo es heißt:

"Wenn ein Verbrechen, es mag Arbeits- oder Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben oder nicht, das künftige Fortkommen der davon betroffenen Personen erschwert, so ist auch hierfür Entschädigung zu leisten.
Dies findet namentlich Anwendung .....in den Fällen einer Körperverletzung, aus welcher eine Verunstaltung des Verletzten entstanden ist."

§ 15 II:

"Bei Festsetzung der Entschädigung nimmt der Richter Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse auch des Schuldigen, sowie auf die Größe seiner Verschuldung, namentlich auf das Dasein von Vorsatz oder von

---

67) Kur-Badisches-Regierungs-Blatt v. 29.4.1866, S. 28; siehe bei Deutler, S. 50

bloßer Fahrlässigkeit und auf den Grad der Boßheit oder der Unvorsichtigkeit - auch darauf, ob der Verletzte da, wo der Täter den eingetretenen Erfolg nicht beabsichtigte, zum Eintreten oder zur Vergrößerung derselben durch eigenes Verschulden mitgewirkt habe - und darauf, ob die Tat, insbesondere wo sie im Affekt verübt wurde, durch eine unechte Handlung des Verletzten selbst veranlaßt war.
Nach Beschaffenheit des Falles kann der Richter bei Vergehen aus Fahrlässigkeit, wo eigenes Verschulden oder Versehen des Beschädigten oder des Getöteten zu dem Erfolg mitgewirkt haben, sowie bei Verbrechen, wo der Schuldige durch eine unrechte Handlung des Verletzten in hohem Grade gereizt war, den Angeschuldigten von der Entschädigungsverbindlichkeit auch ganz frei sprechen."

D) Hessen

Eine ähnliche Regelung wie in Baden findet sich in einem Entwurf für ein hessisches bürgerliches Gesetzbuch von 1861; dort heißt es in Art. 663 im zweiten Absatz:

"Dagegen hat der Verletzte auf ein sogenanntes Schmerzensgeld keinen Anspruch".

Allerdings bestimmt Art. 664 Absatz 2:

"Hat die Verletzung eine körperliche Verunstaltung nach sich gezogen, und ist dadurch ein besseres Fortkommen verhindert worden, so kann dieser auch hierfür einen nach dem richterlichen Ermessen zu bestimmenden Schadensersatz fordern".

Auch hier wird der Ersatz auf die materiellen Schäden beschränkt[68].

E) Braunschweig, Thüringen, Altenburg

Während in den bisher aufgeführten Kodifikationen bzw. Entwürfen das Schmerzensgeld stets in Zivilgesetzbüchern eine

---

68) Deutler, a.a.O.

Regelung gefunden hatte, waren in Braunschweig, Thüringen und Altenburg die Rechtsfolgen für die Zufügung von Schmerzen in Strafgesetzbüchern aufgenommen worden. Ob hieraus allein schon geschlossen werden darf, daß der so geregelte Schmerzensgeldanspruch Strafcharakter habe, ist zumindest recht zweifelhaft[69].

So ist in § 165 des Kriminalgesetzbuches für das Herzogtum Braunschweig vom 1.10.1840 bestimmt:

> "Dem Beschädigten, welcher nicht zuerst Tätlichkeiten verübt hat, soll auf seinen Antrag nach Maßgabe der gehabten Leiden ein Schmerzensgeld von einem Thaler bis von dreihundert Thalern in dem Straferkenntnisse zuerkannt werden, vorbehaltlich seiner Entschädigungsansprüche".

Eine ähnliche Regelung wie in Braunschweig wurde in den Artikeln 140-143 des altenburgischen Strafgesetzbuches getroffen, die später im wesentlichen in Art. 137 des thüringischen Strafgesetzbuches übernommen wurden.

Auch hier wurde dem Opfer einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzung auf sein besonderes Verlangen hin vom Richter ein Schmerzensgeld zugebilligt, wenn es nicht selbst durch Tätlichkeiten gegen den anderen Veranlassung zur Verletzung gegeben hat.

Die Höhe des Schmerzensgeldes wird nach richterlichem Ermessen festgesetzt; dabei ist die Größe des dem Verletzten zugefügten Übels zu berücksichtigen[70].

F) Sachsen

Im gemeinen sächsischen Recht hatten sich für den Ausgleich immaterieller Schäden drei verschiedene Rechtsinstitute ausgebildet, die in ihrer Wurzel auf die alten germanischen Bußtaxen[71] zurückgehen.

---

69) Deutler, a.a.O.
70) Deutler, S. 35
71) s.o. S. 46 ff

Im Falle der sogenannten Deformität bei Verstümmelungen und Lähmungen hat der Verletzte einen Anspruch auf eine Geldbuße; diese bemißt sich im Sachsenspiegel nach dem halben Wergeld und bei Verstümmelung eines Fußes oder einer Zehe nach dem zehnten Teil des Wergeldes; nach den Konstitutionen hängt sie dagegen vom richterlichen Ermessen ab. Werden dem Verletzten sonstige Verwundungen oder körperliche Verletzungen zugefügt, so hat er, wenn er nicht den Zwist selber angefangen hat, einen Anspruch auf ein Schmerzensgeld, dessen Höhe in das richterliche Ermessen gestellt ist. Voraussetzung für die Gewährung dieses Schmerzensgeldes ist jedoch, daß der Verletzer vorsätzlich gehandelt hat.

Des weiteren wird demjenigen, der widerrechtlich gefangengehalten worden ist, für jeden Tag und jede Nacht seiner Haft eine Genugtuung in Höhe von 40 Groschen gewährt; dieses Rechtsinstitut bezeichnet man als Sachsenbuße[72]. Ist daneben auch noch ein Vermögensschaden entstanden, so kann dieser gesondert gefordert werden.

Im sächsischen Rechtskreis wurde das Schmerzensgeld erstmalig im "geschärften Duellmandat vom 2. Juli 1712" gesetzlich anerkannt. Dort heißt es in § 24:

> "Überdies so ist ferner bei den Thätlichkeiten generaliter zu beobachten, daß, wenn etwa zugleich eine Verwund- und Verletzung am Leibe geschehen wäre, das Heilerlohn und Schmerzgeld, item, da der Beschädigte dadurch an seiner Gesundheit, Fortsetzung seines Berufs und Nahrung, auf künftig Gebrauch, Nachteil und Abgang zu gewarten haben möchte, dieserwegen zulänglicher Ersatz, absonderlich noch von dem Beleidiger, oder dessen Erben, weil die Suchung dergleichen Satisfaction, als eine actio ad interesse, pro transistoria ad heredes billig zu achten, abgestattet und vergnügt werden soll".

---

72) Deutler, S. 31

Eine besonders eingehende Berücksichtigung hat das Schmerzensgeld in anderen Kodifikationen des Königreichs Sachsen gefunden. Im Criminalgesetzbuch von 1838 ist der Schmerzensgeldanspruch wie folgt geregelt:

Art. 140: "Die mit einer absichtlich oder aus Fahrlässigkeit zugefügten körperlichen Verletzung verbundenen Schmerzen sind dem Beschädigten auf dessen Verlangen von dem Verbrecher durch eine von dem Richter zu bestimmende Geldsumme zu vergüten, zu deren Entrichtung die dazu verurteilten Mitschuldigen solidarisch verpflichtet sind".

Art. 141: "Bei der Festsetzung derselben hat der Richter die wahrscheinliche Größe der von dem Verletzten erduldeten Schmerzen, sowie, insofern Letzterer sich nicht deshalb die besondere Ausführung vorbehält, die Folgen der Mißhandlung auf die Integrität des Körpers desselben und dessen künftige Lebensverhältnisse zu berücksichtigen".

Art. 142: "Durch Zuerkennung eines solchen Schmerzensgeldes werden dem Verletzten sonstige Entschädigungsansprüche nicht entzogen".

Art. 143: "Derjenige, welcher bei einem entstandenen Streit zuerst Thätlichkeiten gegen den Anderen verübt hat, ist niemals zur Forderung von Schmerzensgeld berechtigt".

Das neue sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1865 enthielt über den Ersatz immaterieller Schäden folgende Bestimmungen:

§ 1489: "Wer durch seine Verschuldung jemanden an dessen Körper verletzt, ist verpflichtet, dem Beschädigten die Heilungskosten zu vergüten, ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen und wegen des entgangenen, auch, soweit Erwerbsunfähigkeit eintritt, wegen des künftigen entgehenden Verdienstes, Schadenersatz nach richterlichem Ermessen zu leisten.

§ 1490: "Hat die Körperverletzung eine Verunstaltung oder Verstümmelung zur Folge, so ist auch deshalb Schadensersatz nach richterlichem Ermessen zu leisten. Der Anspruch darauf geht auf die Erben des Verletzten nur über, wenn dieser deshalb bereits Klage bei Gericht angebracht hat, oder wenn der Anspruch durch Vertrag festgestellt wird".

§ 1497: "Hat jemand einem anderen die persönliche Freiheit widerrechtlich entzogen,....., so ist er verpflichtet, dem Beschädigten die Freiheit und allen sonst verursachten Schaden nach richterlichem Ermessen zu ersetzen, auch überdies für jeden Tag einer Gefangenhaltung den Betrag von einem Thaler zehn Neugroschen zu bezahlen".

Während die sächsische Praxis den Schmerzensgeldanspruch des Criminalgesetzbuches als Privatstrafe ansah und als einen Anhang der öffentlichen Strafe behandelte, ist man sich darüber einig, daß die Klage auf Schmerzensgeld, die das bürgerliche Gesetzbuch gibt, als reine Schadensersatzklage aufzufassen ist und lediglich Ersatznatur hat[73].

G) Preußen

1) Die gesetzliche Regelung

Eine wenig glückliche Behandlung fand das Schmerzensgeld im Preußischen Allgemeinen Landrecht.
Dieses gewährt einen Anspruch auf Schmerzensgeld nur Personen des Bauern- oder gemeinen Bürgerstandes, dagegen soll bei Verletzung von Personen höheren Standes auf die Schmerzen nur bei der Strafzumessung Rücksicht genommen werden. Eine Besonderheit stellt die Verknüpfung der Höhe des Schmerzensgeldes mit dem Betrag der erforderlichen Kurkosten dar.

§ 112: "Wegen erlittener Schmerzen können Personen vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstande, denen dergleichen Verletzung aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügt worden, ein billiges Schmerzensgeld fordern".

§ 113: "Der Betrag dieses Schmerzensgeldes ist nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälfte und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Kurkosten zu bestimmen".

---

73) Wächter, S. 86; Bocksch, S. 60

§ 114: "Bei Personen höheren Standes wird auf die dem Beteiligten durch die Mißhandlung verursachten Schmerzen nur bei Bestimmung der gesetzmäßigen Strafe Rücksicht genommen".

§ 118: "Ist nur ein geringes Versehen vorhanden, so findet bloß die in § 111 bestimmte Schadloshaltung statt".

desweiteren die Bestimmungen für die Fälle der Deformität:

§ 123: "Wird eine unverheiratete Frau durch körperliche Verletzung verunstaltet und ihr dadurch die Gelegenheit, sich zu verheiraten, erschwert, so kann sie von dem Beschädiger Ausstattung fordern".

§ 124: "Die Ausstattung muß, wenn die Verunstaltung aus Vorsatz oder grobem Versehen erfolgt, nach richterlichem Ermessen so bestimmt werden, daß die Beschädigte Hoffnung erhalte, eine ihrem Stande gemäße Heirat zu finden, und unterdessen aus den Einkünften derselben ihren Unterhalt finden könne".

§ 125: "Ist die Beschädigung nur aus mäßigem Versehen zugefügt worden, so muß sich die Verunstaltete mit einer solchen Ausstattung, als sie von ihrem Vater nach dessen Stande, vermöge der Gesetze, zu fordern haben würde, sich begnügen".

§ 128: "Ist außerdem Jemandem sein Fortkommen in der Welt durch eine aus Vorsatz oder grobem Versehen zugefügte Verunstaltung erschwert worden, so muß ihm auch dafür eine billige, nach den Umständen zu bestimmende Entschädigung geleistet werden".

2) Die Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruchs im Preußischen Recht

Die Frage nach der Rechtsnatur des Schmerzensgeldes im preussischen Recht war umstritten. Ersatz oder Strafe hieß auch hier die Alternative, die die sich gegenüberstehenden Positionen kennzeichnet.

Die Straftheorie wird insbesondere von Gruchot vertreten[74], der

74) Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des preuß. Rechts, 40. Jahrg., S. 175

dem Schmerzensgeld den Charakter einer Vermögensentschädigung völlig abspricht; es handele sich dabei um nichts anderes als um eine Bereicherung, die den Verletzten die unangenehmen Empfindungen des Körperschmerzes vergessen machen solle und damit zu seiner persönlichen Genugtuung führe.

Zur Stützung seiner Ansicht führt Gruchot ein Urteil des OAG Kassel aus dem Jahre 1847[75] an, in dem es heißt:

> "Die dem deutschen Rechte angehörende Klage auf Schmerzensgeld kann nur nach Analogie der aestimatorischen Injurienklage des römischen Rechts beurteilt werden, da es bei derselben nicht um eine Vergütung für einen erlittenen Vermögensnachteil sich handelt, sondern, wie mittels jener Klage für die durch die Ehrenverletzung erlittene Seelenkränkung, so hier für die durch tätliche Mißhandlung erlittene Körperverletzung eine in einem Vermögensvorteil bestehende Ausgleichung herbeigeführt werden soll. Der Anspruch auf Schmerzensgeld nach deutschem Recht ist nur als eine persönliche Genugtuung für den Verletzten anzusehen".

Auch Förster[76] schließt sich der Meinung Gruchots an und weist darauf hin, daß schon der Ursprung des Anspruches aus der alten deutschen Privatbuße und dem Art. 20 und 21 der C.C.C. zeige, daß hier nicht die Natur als Schadensersatz entscheidend sei, sondern der Charakter einer persönlichen Genugtuung im Vordergrund stehe.

Demgegenüber schließt Dernburg[77] aus dem umfassenden Schadensersatzbegriff des ALR, daß auch die Schadloshaltung wegen ideeller Schäden als Schadensersatz anzusehen sei, der dadurch geleistet werde, daß die dem Verletzten zugefügte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgewogen werde.

---

75) Seuff.Arch. 8, Nr. 138
76) Förster-Eccius, Bd. 2, § 151 Anm. 2
77) Dernburg, § 261 Anm. 16; ebenso Stobbe, § 203 Anm. 28

V) Die Bußvorschriften des StGB von 1871 und ihre Bedeutung für die Frage nach der Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruchs

An die Entwicklung des gemeinen Rechts und der Partikularrechte knüpft schließlich das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich von 1871 an. Mit den §§ 188, 231 wurden Vorschriften geschaffen, nach denen derjenige, der sich wegen Beleidigung oder Körperverletzung strafbar gemacht hatte, mit einer Buße belegt werden konnte. Diese Buße war an den Beleidigten oder Verletzten zu zahlen; auf sie konnte "neben der Strafe" erkannt werden und sie schloß "die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs" aus. Die Schaffung dieser Bußansprüche gab Anlaß zu einer erneuten Diskussion über die Rechtsnatur des zivilrechtlichen Geldleistungsanspruchs für immaterielle Schäden. Sie kann als der Beginn der modernen Rechtsdogmatik zu dieser Frage angesehen werden.

Der Anlaß dieses Meinungsstreites war § 2 des Einführungsgesetzes zum StGB vom 31. Mai 1870. Kraft dieser Vorschrift wurde dem StGB entgegenstehendes Bundes- oder Landesstrafrecht aufgehoben, soweit es die gleiche Materie regelte wie das StGB. Dies hatte zur Folge, daß alle gemeinrechtlichen und partikularrechtlichen Schmerzensgeldtatbestände, soweit man ihnen privatpoenale Funktion beimaß, unter § 2 EinfGes. StGB fielen und somit außer Geltung traten[78].

Für die Wiedergutmachungsfunktion bildet sich allmählich eine herrschende Meinung aus; sie fußte auf der Arbeit Wächters, der sich auch Windscheid unter Aufgabe seiner früheren gegensätzlichen Meinung angeschlossen hatte[79].

Es setzte sich die Ansicht durch, daß auch beim immateriellen Schaden der vom Verletzer an den Verletzten zu erbringenden

---

78) so OLG Lübeck; Seuff.Arch. 32 Nr. 239
79) s.o. S. 57

Geldleistung eine gewisse Äquivalenzfunktion zukomme, daß also mittels der Zahlung eines Schmerzensgeldes die unangenehme Empfindung wieder ausgeglichen werden könne.
Hierzu trat in Gegensatz die zur gleichen Zeit von Jhering[80] entwickelte Satisfaktionstheorie.
Diese mißt dem Schadensersatzanspruch, der sich aus Delikt begründete, eine dreifache Funktion zu: Die Straffunktion, die Satisfaktionsfunktion und die Äquivalenzfunktion.
Wesentliche Bedeutung, meinte Jhering, komme dabei der Satisfaktionsfunktion für die Fälle zu, in denen der Äquivalenzzweck nicht erreicht werden könnte. Dies sei stets dann der Fall, wenn die Verschaffung von Äquivalenten für den verursachten Schaden nach seiner Art unmöglich sei, sich jedoch durch die Zuwendung von Geld eine Befriedigung des verletzten Rechtsgefühls auf Seiten des Opfers erzielen lasse.
Der Gegensatz zwischen Ersatztheorie und Genugtuungstheorie kommt auch in den Stellungnahmen zu den Entwürfen eines deutschen BGB zum Ausdruck[81].
Gegen die Einbeziehung des Schmerzensgeldes in den Schadensersatz, wie sie die Vertreter der Äquivalenztheorie vorschlagen, wandte sich vor allem Degenkolb[82]. Er legte dar, daß Geldersatz nur dort geleistet werden könne, wo es darum gehe, einen Vermögensschaden zu beseitigen, da hier zwischen Schaden und Ersatzleistung eine echte Wertgleichheit bestehe. Geldersatz für einen Vermögensschaden erfasse ein äußerliches Attribut des verletzten Rechtssubjekts. Durch die Leistung von Naturalherstellung oder Geldersatz für einen Vermögensschaden werde das Verletztsein aufgehoben.
Rechtsgüter wie Freiheit, Ehre und Gesundheit ließen sich hingegen zu einer Geldsumme nicht in ein Wertverhältnis bringen;

---

80) Gäubahn-Gutachten S. 59
81) siehe hierzu auch Eickhoff, S. 38 ff
82) AcP 76, 1 ff

da sie weder in "natura" noch dem Werte nach "hergestellt" werden könnten, verhielten sie sich zu einer Geldleistung einfach inkommensurabel.

Auch Gierke[83] und Mataja[84] schlossen sich der Meinung Degenkolbs an und legten wesentliches Gewicht auf den Satisfaktionsgedanken.

Auf der Seite der Äquivalenztheorie ist insbesondere Kohler[85] der Meinung Degenkolbs entgegengetreten. Er vertrat die Auffassung, daß sich die Entschädigung in Gestalt eines Gleichwertes auch auf dem Gebiet der Personenverletzung durchführen lasse, nur sei hier die Gleichwertung eine andere als auf dem Gebiet des Vermögensschadens. Hier stehe nicht Vermögen und Vermögen gegenüber, sondern Personeninteressen und Vermögen. Da aber das Vermögen durchaus dazu beitragen könne, das Personeninteresse zu heben, weil es die Mittel zur Befriedigung persönlicher Bestrebungen gebe, könne auch in der Weise ein Gleichwert geschaffen werden, daß an die Stelle der unberührten Persönlichkeit die mit Vermögensgenuß und Vermögensverfügung versehene und dadurch in ihrem Genußkreis erweiterte Persönlichkeit tritt.

Eine stark differenzierte Theorie vertrat Seng[86]; er unterscheidet zwischen ausgleichsfähigen und nicht ausgleichsfähigen Folgen von Verletzungen immaterieller Rechtsgüter. Ein zivilrechtlicher Geldleistungsanspruch soll nur dann dem Verletzten zugesprochen werden, wenn es darum geht, ausgleichsfähige Folgen zu beseitigen; ausgleichsfähige Folgen seien immer bei der Beeinträchtigung materieller Lebensgenusses gegeben.

---

83) S. 191
84) Arch.bürg.Recht 1, S. 267 ff
85) S. 123
86) Arch.bürg.Recht 5, S. 365

Beim Vorliegen nicht ausgleichsfähiger Folgen, die bei Beeinträchtigung der nicht unter die Sphäre des materiellen Lebensgenusses fallenden Lebensbereiche, insbesondere bei Ehrverletzungen und Beeinträchtigungen des Gefühls der Zuneigung und Liebe zu einem nahen Angehörigen oder Freund gegeben seien, sei ein Geldleistungsanspruch nicht möglich. Ein solcher könne auch nicht aus dem Gedanken der Satisfaktion gerechtfertigt werden, da auf diese Weise lediglich eine Bestrafung des Täters erreicht werden könne.

VI) Zusammenfassung

Der historische Überblick über die Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs hat gezeigt, daß der Streit um seine Rechtsnatur so alt ist, wie der Anspruch selbst. Schon seit Jahrhunderten währt die Auseinandersetzung zwischen den Vertretern der Straftheorie und den Anhängern der Ersatztheorie und dauert bis heute fort.

Wenn auch insbesondere im gemeinen Recht die Probleme, die mit der Rechtsnatur des Anspruches zusammenhängen[87] klar erkannt worden sind, so können die Argumente, die für die eine oder die andere Ansicht sprechen, heute zum Teil nicht mehr überzeugen. Der Grund hierfür liegt darin, daß der Schmerzensgeldbegriff der damaligen Zeit wesentlich enger war als derjenige unseres gegenwärtigen Sprachgebrauchs[88]. Das Schmerzensgeld des gemeinen Rechts war lediglich ein Geldleistungsanspruch, der durch ausschließlich physische Schmerzen im Sinne körperliche lokalisierten Unlustgefühle ausgelöst wurde[89].

Die Beschäftigung mit der historischen Entwicklung des Schmerzensgeldes läßt mit Sicherheit nur den Schluß zu, daß Geld-

---

87) s.o. S. 45 ff
88) Wächter, S. 72 ff; Bocksch, S. 14 ff
89) s.o. S. 5 u. 6

leistungsansprüche, die bei der Verletzung immaterieller Rechte gewährt wurden, ursprünglich einen poenalen Charakter hatten. Es wäre jedoch vorschnell, hieraus schließen zu wollen, der poenale Charakter sei Wesensbestandteil des Schmerzensgeldanspruches und habe sich deshalb bis zum heutigen Tage erhalten. Der poenale Charakter der historischen Bußansprüche, die als Vorläufer unseres heutigen Schmerzensgeldes gelten können, folgt nicht aus der Besonderheit, daß ein immaterieller Schaden "reguliert" wurde, sondern ergibt sich aus dem Haftungsgrund. Da dieser deliktischer Natur war, führte dies wie bei allen anderen deliktischen Ansprüchen zu poenalen Bußansprüchen des Verletzten.
Die deliktische Abstammung unseres Schmerzensgeldanspruches ist aber keine für ihn typische Besonderheit, sondern gilt für unser gesamtes Schadensrecht, so daß, so verlockend dies auch ist, hieraus keine Schlüsse für seine Rechtsnatur gezogen werden können[90].
Die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Schmerzensgeldanspruchs verlief stets Hand in Hand mit der Entwicklung des gesamten deliktischen Schadensrechts; das Schmerzensgeld hat nie eine außerhalb des allgemeinen Schadensrechts liegende Sonderregelung gefunden, so daß man aus der historischen Betrachtung lediglich die Folgerung ziehen kann: Schmerzensgeld ist Schadensersatz, ob Schadensersatz im Sinne der Genugtuungstheorie oder im Sinne der Ersatztheorie, kann aufgrund der rechtsgeschichtlichen Grundlagen nicht entschieden werden.

---

90) so aber z.B. Deutler, S. 69, der aus der Bezugnahme auf die Partikularrechte in den Motiven ein Argument für den Genugtuungscharakter sehen will.

3. Kapitel

Überblick über die Gewährung von Schmerzensgeld in ausländischen Rechtsordnungen

I) Österreich

Im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch wird das Schmerzensgeld lediglich in § 1325 erwähnt:

> "Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm den entgangenen Gewinn oder, wenn der Geschädigte zum Erwerb unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst; und bezahlt ihm auf Verlangen überdies ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld."

Diese Vorschrift setzt also den Umfang der Ersatzpflicht fest, wenn der eingetretene Schaden eine Körperverletzung ist. Besonderes gilt dann noch für Verunstaltungen; dies ist in § 1326 ABGB geregelt:

> "Ist die verletzte Person durch die Mißhandlung verunstaltet worden, so muß, zumal wenn sie weiblichen Geschlechts ist, insofern auf diesen Umstand Rücksicht genommen werden, als ihr besseres Fortkommen dadurch verhindert werden kann."

Zwar könnte aus dem Wortlaut des § 1326 gefolgert werden, daß im Falle der Deformität lediglich materielle Schäden, die sich aus der Beschränkung des Fortkommens ergeben, ersetzt werden sollen; dies ist jedoch nicht zutreffend. Diese Vorschrift muß im Zusammenhang mit § 1325 gelesen werden; hier entspricht es der völlig herrschenden Meinung[1)], daß nicht nur für den körperlichen, sondern auch für den seelischen Schmerz ein angemessenes Schmerzensgeld gewährt werden soll; daraus läßt sich für die Auslegung des § 1326 schließen, daß die Verunstaltung auch den seelischen Schmerz umfaßt.

---

1) für alle Klang-Wolff, § 1325 II 3 a

Der Gesetzgeber regelt in den genannten Vorschriften lediglich, unter welchen Voraussetzungen der Schmerzensgeldanspruch entsteht, er äußert sich jedoch nicht näher darüber, welche Umstände für die Gewährung eines Geldersatzes maßgeblich sind und worin das Maß dieses Schmerzensgeldes bestehen soll.
Auch über die Funktion, die dem Schmerzensgeldanspruch nach österreichischem Recht zugewiesen ist, kann aus dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften kein Schluß gezogen werden. Ein Hinweis zur Lösung dieser Fragen könnte sich jedoch aus der systematischen Stellung des Schmerzensgeldanspruches im allgemeinen Schadensersatzrecht des ABGB ergeben[2].

Zu Beginn des dreißigsten Hauptstückes des ABGB von 1811, das mit dem Titel "Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung" überschrieben ist, findet sich in § 1293 eine Definition des Schadens; hiernach ist Schaden jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.
In § 1323 werden dem Umfang nach zwei verschiedene Schadensersatztypen unterschieden; hier nennt der Gesetzgeber einmal die "Schadloshaltung", bei welcher nur der tatsächlich eingetretene Schaden (damnum emergens) ersetzt wird, zum anderen aber auch die "volle Genugtuung" die sich auch auf den entgangenen Gewinn (lucrum cessans) und "die Tilgung der verursachten Beleidigung" erstreckt.
Für den Fall der vollen Genugtuung ordnet § 1324 an, daß diese grundsätzlich nur "bei böser Absicht" oder "auffallender Sorglosigkeit" gefordert werden kann; in den übrigen Fällen ist der Anspruch auf die "eigentliche Schadloshaltung" beschränkt.

---

2) so auch Stoll, Gutachten, S. 62

Fraglich und seit jeher im Schrifttum und Rechtsprechung streitig[3] ist, ob die §§ 1323, 1324 ABGB auf den Vermögensschaden beschränkt sind oder ob nach ihrem Regelungsinhalt auch für den immateriellen Schaden Geldersatz geleistet werden soll.

Der Streit geht vor allem um die Worte "Tilgung der erlittenen Beleidigung" in § 1323 ABGB. Im älteren Schrifttum ist es vor allen Dingen Pfaff[4], der in dieser Formel die Anordnung des Geldersatzes für den ideellen Schaden sieht. Ihm hat sich auch Wolff[5] angeschlossen, der bei vorsätzlicher und grobfahrlässiger Schädigung stets auch Ersatz für den immateriellen Schaden gewähren will, sofern dies nicht im Gesetz - wie z.B. in § 1328 für den Fall der Verführung einer weiblichen Person oder in § 1330 ABGB - ausgeschlossen ist.
In der neueren Lehre haben sich insbesondere Strasser[6], Bydlinski[7] und Koziol[7a] dafür ausgesprochen, den immateriellen Schaden im Rahmen des § 1323 ABGB zu berücksichtigen.
Strasser findet den Ansatzpunkt für seine Lösung im Schadensbegriff des § 1293 ABGB und in der Bedeutung der dort vom Gesetzgeber vorgenommenen Dreiteilung in Nachteile am Vermögen, an Rechten und an der Person. Mit Recht weist er darauf hin, daß die Vorschrift des § 1293 schon nach ihrem Wortlaut eindeutig über den Vermögensschaden hinausgehe, da auch von Nachteilen an der Person gesprochen werde. Desweiteren führt er aus, daß immer dann, wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gegeben seien, und diese Anspruchsnorm über den zu berücksichtigenden Schaden nichts von § 1293 ABGB Abweichendes aussage, stets der Schadensbegriff dieser Bestimmung eingreife und den Umfang des zu ersetzenden Schadens bestimmen müsse. Da § 1293 ABGB nur zwischen positivem Schaden

---

3) hierzu siehe Deutler, S. 42
4) Gutachten, S. 13 ff
5) Klang-Wolff, § 1323 II, 2
6) S. 1 ff
7) JBL 1965, 179 ff
7a) Haftpflichtrecht, S. 174 ff

und entgangenem Gewinn unterscheide, umfasse diese Vorschrift auch die immateriellen Nachteile.

Zu diesem Ergebnis kommt, allerdings mit anderer Begründung, auch Bydlinski[8]. Er schließt aus dem schadensrechtlichen Schutz der Vermögensinteressen, die mittelbar stets immateriellen Interessen dienen, daß ein Schutz der höherwertigen ideellen Güter umsomehr dort bestehen müsse, wo es sich um einen unmittelbaren (nicht durch Vermögensgüterbeeinträchtigung vermittelten) Schaden handele. Allerdings will Bydlinski nicht jeden ideellen Schaden ersetzt wissen. Insbesondere könne nicht der reine Seelenschmerz, der sich jeder Objektivierung entziehe, in gleichem Maße rechtlich relevant sein wie der ideelle Schaden, der durch Eingriff in den äußeren objektiv erfaßbaren Bereich der Persönlichkeit entstanden ist[9].

Gegen die Einbeziehung des immateriellen Schadens in den Schutzbereich des § 1223 hat sich die Rechtsprechung gewandt. Insbesondere der österreichische OGH[10] hat in ständiger Rechtsprechung die Meinung vertreten, daß der ideelle Schaden nur in den vom Gesetz ausdrücklich angeordneten Fällen zu ersetzen sei.

Gleichgültig welcher Meinung man folgt, die Vorschrift des § 1325 nimmt im Rahmen dieser Regelung eine Sonderstellung ein. Schließt man sich der Ansicht der Rechtsprechung an, so enthält § 1325 ABGB einen der Fälle, in denen der Ersatz des immateriellen Schadens ausdrücklich angeordnet ist; folgt man der herrschenden Lehrmeinung, so enthält § 1325 einen Tatbestand, der lediglich die allgemeine Regelung des § 1323 wesentlich erweitert,da auf Grund jener Bestimmung ein Schmerzensgeldanspruch ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens gegeben ist.

Bei allen Körperverletzungen, für die ein anderer aus welchem Haftungsgrund auch immer einzustehen hat, also nicht nur

---

8) a.a.O.
9) so auch Koziol, a.a.O.
10) JBL 1951, 377; JBL 1952, 465; EvBl 1950, 414; EvBl 1962,161

bei eigenem Verschulden jeden Grades, sondern auch in allen anderen im ABGB aufgeführten Haftungsfällen wie z.B. bei der Haftung für fremdes Verschulden gem. § 1313 ff, für Verletzungen im Notstand § 1306 a oder durch ein Kind §§ 1309, 1310 sowie für Schäden durch Einsturz von Bauwerken § 1319 oder Beschädigung durch Tiere § 1320, ist ein Anspruch auf Schmerzensgeld aus § 1325 gegeben und darin liegt die Besonderheit dieser Regelung.

Die Rechtsprechung[11] und der größte Teil der Lehre[12] stimmen darin überein, daß das Schmerzensgeld echter Schadensersatz und nicht etwa Strafe, Buße oder Sühne für den einem anderen zugefügten Schmerz sein soll. Insbesondere soll das Schmerzensgeld nicht als Geldstrafe angesehen werden, es hat lediglich Entschädigungscharakter. Der Verletzte soll für die ausgestandenen Schmerzen durch die Annehmlichkeiten des ihm zufließenden Geldbetrages entschädigt werden. Da gehabte Schmerzen als solche ein durch Wiederherstellung nicht gutzumachender Schaden sind, soll der Beschädigte nun zum Ausgleich und zwecks wahren Ersatzes in die Lage versetzt werden, sich die Lustgefühle zu verschaffen, die die Unlustgefühle ausgleichen sollen. Mit dem Schmerzensgeldbetrag soll dem Verletzten die Möglichkeit geboten werden, sich gewisse Annehmlichkeiten und Erleichterungen zu verschaffen. Die Geldleistung soll den durch die Unlustgefühle depressiv veränderten Gemütszustand in die Durchschnittslage heben, die früher bestanden hat.

Neben dieser Wiedergutmachungsfunktion will neuerdings Strasser[13] dem Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens eine Genugtuungs- und Präventivfunktion beimessen; er legt dem Begriff der Genugtuung - der bisher im österreichischen Recht allgemein i.S.v. Schadensersatz verstanden wurde - die Bedeutung einer zivilrechtlichen Sühne bei.

---

11) s.o. S.78 Fußn. 10
12) Jarosch/Müller/Piegler, a.a.O.
13) S. 1 ff

Eng mit dem Problem der Rechtsnatur des Schmerzensgeldes ist die Frage verknüpft, welche Umstände bei der Bemessung zu berücksichtigen sind.

Da im Gesetz nicht festgelegt ist, was unter einem den erhobenen Umständen angemessenen Schmerzensgeld zu verstehen ist, bleibt die Bemessung dem Richter nach seinem Ermessen gem. § 273 ZPO vorbehalten.

Nach der österreichischen Rechtsprechung sind bei der Bemessung des Schmerzensgeldes in erster Linie die Art und Schwere der Körperverletzung, die Intensität und Dauer der Schmerzen, die Dauer der Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes des Verletzten sowie die damit verbundenen Unlustgefühle zu berücksichtigen[14].

Bei der Frage, ob bei der Bemessung des Schmerzensgeldes das Verschulden des Verletzers für die Bewertung mit herangezogen werden kann, vertritt die neuere Rechtsprechung die Ansicht, daß der Verschuldensgrad nicht zu berücksichtigen sei; dies entspreche dem Wesen und dem Zweck des Schmerzensgeldes als jenem Betrag, der zum Ausgleich erlittener Schmerzen dienen soll, da diese durch den Verschuldensgrad des Beschädigers nicht beeinflußt werden[15].

Diese Ansicht findet in der Lehre nicht ungeteilte Zustimmung; hier wird einerseits die Meinung vertreten[16], daß das Verschulden des Verletzers beachtet werden müsse und das Schmerzensgeld um so höher sein müsse, je größer das Verschulden sei; andererseits wird aber auch der Standpunkt eingenommen[17], daß das Maß des Verschuldens keine Rolle spielen dürfe.

Gleichermaßen uneinig ist man sich bei der Beantwortung der Frage, ob das Vermögen und die sonstigen persönlichen Verhältnisse des Verletzten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes von Bedeutung sein sollen.

---

14) OGH ZVR 1957/124; OGH ZVR 1968/154
15) OGH ZVR 57/184; OGH ZVR 57/6; OGH ZVR 63/26;
16) Klang-Wolff, § 1325 II 3 c
17) Jarosch/Müller/Piegler, S. 114; Seydel, NJW 54,706 ff; Geelhaar, NJW 53,1281 ff

Nach der Meinung von Wolff[18] sollen die persönlichen Verhältnisse des Verletzten für die Bemessung des Schmerzensgeldes erheblich sein, weil die Art der Lustgefühle, die zur Kompensation der bei dem Verletzten hervorgerufenen Unlustgefühle dienen sollen, je nach den persönlichen Verhältnissen des Verletzten verschieden seien. Zur Herbeiführung dieses Ausgleichs bedürfe es verschiedener Mittel und somit auch eines in der Höhe unterschiedlichen Geldbetrages.
Das Vermögen des Schädigers hingegen solle nicht in Betracht gezogen werden, da das Schmerzensgeld keine Privatstrafe sei, sondern ein von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unabhängiger echter Schadensersatz.
Der OGH[19] schließt sich jedoch dieser Meinung nicht an und verteidigt seinen gegenteiligen Standpunkt mit der Begründung, daß der Schmerz als solcher keine Rücksicht auf die sozialen Verhältnisse nehmen und zu den Vorteilen, die der Reichtum ohnehin vermittele, nicht auch noch die Schmerzen des Reichen höher bewertet werden dürfen.
Dieser Ansicht stimmt die neuere Lehre[20] zu; es wird dargetan, daß die Rechtsprechung gut daran tue, bei der Bemessung des Schmerzensgeldes einen objektiven Maßstab anzulegen, da es nicht Aufgabe des Richters sein könne, die bisherigen Lebensgewohnheiten des Verletzten zu erforschen und das Schmerzensgeld danach zu bemessen, ob es sich der Verletzte bisher besonders gut gehen ließ oder ob er ein bescheidenes Leben geführt hat.

Ein Schmerzensgeld wird im österreichischen Recht außerhalb des ABGB lediglich in den §§ 12, 13 EKHG sowie in § 12 I AtomHG und in § 64 III Berggesetz gewährt.

---

18) Klang-Wolff, § 1325 II 3 c
19) OGH, JBl 1953,382
20) Jarosch/Müller/Piegler, S. 116

Das alte österreichische Eisenbahnhaftpflichtgesetz von 1869 und das Gesetz über die Haftung für Schäden aus dem Betrieb von Kraftfahrzeugen von 1908 sprachen den Verletzten selbst im Rahmen der Gefährdungshaftung bei Körperverletzungen ein Schmerzensgeld zu. Das neue österreichische Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtrecht des EKHG schließt jedoch heute einen solchen Anspruch aus.

II) Schweiz

Das Zivilrecht der Schweiz kennt zwar das Wort "Schmerzensgeld" nicht, jedoch hat gerade hier der Ersatz des immateriellen Schadens eine umfassende Regelung gefunden; aufgrund dieser Regelung haben Rechtslehre und Rechtsprechung im Laufe der Zeit einen weitreichenden Schutz der persönlichen Verhältnisse entwickelt.

Allerdings ist die Stellung des immateriellen Schadens im schweizerischen Recht in gesetzestechnischer Hinsicht eigenartig[21]. Der Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme bei Vorliegen eines immateriellen Schadens ist aus dem allgemeinen Schadensrecht ausgeklammert[22]. Unter Schaden versteht das schweizerische Recht nur den Vermögensschaden und nur dieser führt zu einem Schadensersatzanspruch[23].

Für den Fall des ideellen Schadens gewährt das schweizerische Recht in der Generalklausel des Art. 28 ZGB dem Verletzten einen Anspruch auf Leistung einer Geldsumme in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen. Art. 28 lautet:

I "Wer in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird, kann auf Beseitigung der Störung klagen.

---

21) so auch Brusiin, S. 70
22) Eickhoff, S. 51; Oftinger, S. 288
23) v. Tuhr, S. 125 ff

II "Eine Klage auf Schadensersatz oder Leistung einer Geldsumme ist nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zulässig.

Die Vorschrift des Art. 28 II ZGB gleicht dem § 253 BGB und dürfte ähnlich wie dieser durch die nicht von der Hand zu weisenden Bedenken gegen die Verwendung von Geld als Ausgleich für einen immateriellen Schaden veranlaßt worden sein. Durch sie wird die Möglichkeit, vom Schädiger die Leistung einer Geldsumme zu erhalten, auf die vom Gesetz vorgesehenen Fälle beschränkt. Das Gesetz sieht eine solche "Genugtuung" außerhalb der generellen Norm des Art. 28 ZGB in mehreren Fällen vor, so z.B. in Art. 29 II, 93 I, Art. 134 II, Art. 151 II, Art. 153 I, Art. 318 ZGB und in Art. 47 und Art. 49 OR.

Für die vorliegende Arbeit sind insbesondere Art. 47 und Art. 49 OR von Interesse:

Art. 47: "Bei Tötung eines Menschen oder Körperverletzung kann der Richter unter Würdigung der besonderen Umstände dem Verletzten oder dem Angehörigen des Getöteten eine angemessene Geldsumme als Genugtuung zusprechen."

Art. 49: "(1) Wer in seinen persönlichen Verhältnissen verletzt wird, hat bei Verschulden Anspruch auf Ersatz des Schadens und, wo die besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens es rechtfertigt, Anspruch auf Leistung einer Geldsumme als Genugtuung."

Art. 49: "(2) Anstatt oder neben dieser Leistung kann der Richter auch auf eine andere Art der Genugtuung erkennen."

Während Art. 47 OR in seinem Regelungsgehalt dem § 847 BGB entspricht, geht Art. 49 wesentlich weiter und gilt als Grundlage für einen umfassenden gesetzlich normierten Persönlichkeitsschutz, der in mancher Hinsicht auch für das deutsche Recht de lege ferenda als Vorbild dienen könnte[24].

---

24) Rötelmann, ACP 160, 391

Abweichend von der sprachlichen Fassung des § 847 BGB gewährt Art. 47 OR eine Geldentschädigung als "Genugtuung". Fraglich ist, ob es sich dabei lediglich um eine terminologische Unterscheidung handelt oder ob sich aus der Wahl dieses Wortes ein konkreter Hinweis auf die Funktion des Anspruches finden läßt.

Festzuhalten bleibt dabei zunächst einmal der Grundgedanke, daß Genugtuung etwas von Schadensersatz völlig Verschiedenes ist und von diesem Schaden getrennt werden muß, auch wo - wie in Art. 49 - beide Rechtsfolgen an den gleichen Tatbestand geknüpft sind. Während Schadensersatz sich per definitionem stets nur auf den Ausgleich eines materiellen Schadens erstreckt, wird Genugtuung für die Zufügung einer immateriellen Unbill, eines "Tort moral" zugesprochen. Diese immaterielle Unbill ist als Anspruchsvoraussetzung für die Gewährung der Genugtuung das, was der Schaden für die Zubilligung des Schadensersatzanspruches ist. Nicht maßgeblich ist dabei die Art des verletzten Rechtes. Die Genugtuung ist die Wiedergutmachung immaterieller Unbill, die aus der Verletzung der Persönlichkeit entstanden ist. Sie gründet sich vornehmlich auf die Idee der Achtung vor dem Leben, der Wahrung der körperlichen und seelischen Integrität und der Gefühle sowie des Schutzes der Menschenwürde[25].
Der Zweck, der mit der Genugtuung verfolgt wird, besteht nach heute überwiegender Meinung darin, durch eine Geldleistung für das Ertragen körperlicher Schmerzen, Leid, verminderte Lebensfreude, Beeinträchtigung des Lebensgenusses und ähnliche Ursachen seelischen Unbehangens einen Ausgleich zu bieten[26].
Diese Funktion wird dem Genugtuungsanspruch auch schon in der älteren Literatur zugesprochen.
So ist nach Oser[27] die grundlegende Idee, daß an Stelle des ge-

---

25) Oftinger, S. 289
26) Oftinger, a.a.O., S. 289; Guhl, § 101 B; BGE, 63 II 159, BGE, 74 II 112, BGE, 97 II 349
27) Art. 47 Bem. II 3

störten körperlichen und geistigen Wohlbefindens zwar nicht Ersatz trete, aber eine Art der Satisfaktion, die geeignet sei, anstelle des gestörten Wohlseins ein Gefühl des Wohlbefindens, das, wenn auch nicht auf vollkommene Weise, so doch wenigstens teilweise und in den Grenzen der Möglichkeit die Störung wiedergutmachen solle.

Insbesondere von Tuhr[28] hat die Eigenheiten des immateriellen Schadens und die Schwierigkeiten, die mit seiner Regulierung auftauchen, deutlich gesehen.

Während, nach seiner Ansicht, ein Vermögensschaden durch Wiederherstellung oder Geldzahlung so ersetzt werden könne, daß das Vermögen in den Stand gesetzt wird, den es ohne den Schaden hatte, lasse sich eine seelische Kränkung mit den Mitteln des Rechts nicht beseitigen; dennoch könne sie aber im gewissen Maße ausgeglichen oder richtiger aufgewogen werden, indem das Gesetz dem Gekränkten auf Kosten des Schuldigen eine Geldleistung zuspreche. Durch diese Leistung des Schuldigen erhalte der Gekränkte eine Vergrößerung seines Vermögens, welches er zu beliebigen materiellen und ideellen Genüssen verwenden könne. Die dadurch erzeugte Befriedigung und das Bewußtsein, daß diese Geldsumme dem Schuldigen abgenommen werde, solle die Unlust, die ihm die Kränkung bereitet habe, aufwiegen und zur Besänftigung des Rachegefühls dienen, welches auch beim modernen Menschen trotz Christentum und Zivilisation nicht erloschen sei.

Die Genugtuung sei aber andererseits keine Bestrafung des Täters, wenn sie auch wie eine Geldstrafe zu einer Vermögensverminderung führe. Der Zweck der Genugtuung liege nicht in diesem Verlust des Täters, sondern in der dem Gekränkten zu verschaffenden Vermögensvermehrung.

Guhl[29] sieht in der Genugtuung des Art. 47 OR nicht eine Er-

---

28) a.a.O.
29) a.a.O. s. 69

satzleistung und auch keine Privatstrafe; er bezeichnet sie als "psychologische Genugtuung mittels realistischen Erfolges". Ihr Zweck sei für den Verletzten die Wiedergutmachung der erlittenen ideellen Einbußen. Der realistische Erfolg bestehe in der Geldsumme, die dem Verletzten als Genugtuung zuerkannt werde. Die psychologische Genugtuung sei in der Wirkung zu finden, die der Verletzte durch die Verwendung der Geldentschädigung erzeugen könne; ferner liege sie darin, daß mit der Zuerkennung der Genugtuung das geschehene Unrecht öffentlich festgestellt werde.

Auch Jäggi[30] betont in seinen Ausführungen zur Genugtuungsklage die Ausgleichsfunktion der Genugtuungssumme, die mittelbar dem Verletzten ein seelisches Wohlgefühl verschaffe und ihm so helfe, die erlittene Unbill zu überwinden. Er weist warnend darauf hin, daß das Wohlbefinden, das dem Verletzten durch die Leistung der Genugtuungssumme vermittelt werde, nichts mit der Genugtuung gemein habe, welche mit der Anerkennung des geschehenen Unrechts durch den Störer oder den Richter eintritt; Genugtuung der letzteren Art bestehe darin, daß das verletzte Rechtsgefühl befriedigt werde, was aber nicht erst durch die Zahlung einer Geldsumme erreicht werde, sondern schon durch jede hoheitliche Feststellung der Widerrechtlichkeit, oder sogar durch freiwillige Anerkennung des Unrechts seitens des Störers.

Auch Rötelmann[31] tritt für die Ersatznatur der Genugtuung ein, gibt aber - wohl im Anschluß an die Regelung des BGB - dem Gedanken der Naturalrestitution weitgehenden Vorzug. Allerdings herrscht auch in der Schweiz hinsichtlich der Funktion der Genugtuung keine volle Einigkeit.

Insbesondere Eugen Huber[32], der Vater des schweizerischen Zivilgesetzbuches, vertrat eine extrem poenale Theorie der

---

30) ZSR 79,133 ff
31) S. 401
32) S. 900

Genugtuung. Er sah in der Gewährung der Genugtuung durch den Gesetzgeber eine Anerkennung der alten privaten Bußansprüche; da kein eigentlicher Schaden vorliege, aber dennoch ein Anspruch auf Genugtuung zuerkannt werde, dieser aber wieder keine öffentliche Strafe sei, sondern dem Verletzten zufalle, zeige die Genugtuung eindeutig privatpoenale Elemente.

Im Gegensatz zum Schadensersatz ruhe bei dem Anspruch auf Genugtuung das Hauptgewicht nicht darauf, daß der Kläger etwas bekomme, sondern darauf, daß der Beklagte etwas verliere.

Von Büren[33] weist den Genugtuungsansprüchen in Art. 47 und in Art. 49 OR verschiedene Funktionen zu. Die Genugtuung des Art. 47 OR habe ausschließlich Entschädigungsfunktion, da dieser Anspruch die materiell nicht erfaßbaren Konsequenzen von Tötung und Körperverletzung erfassen solle; das Ziel dieses Anspruches sei rein sachlich und setze wie die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen kein anderes qualifiziertes Verhalten auf Seiten des Schädigers voraus.

Die Genugtuung des Art. 49 OR hingegen weise poenale Elemente auf; dies sei daraus zu folgern, daß eine besondere Schwere der Verletzung und des Verschuldens vorausgesetzt sei.

Tercier[34] und Abdulrahman-Naje[35], die Verfasser der neuesten Monographien zur Genugtuung, messen dem Anspruch auf Genugtuung aus Art.49 eine akzessorische poenale Funktion zu. Sie lehnen sich dabei beide eng an das französische Schadensrecht an. Allerdings sei der poenale Charakter der Sanktion nur von sekundärer Bedeutung, der Umfang des immateriellen Nachteils hänge aber nun einmal mit dem Ausmaß des Rachegefühls auf Seiten des Opfers zusammen.

Auch Oftinger[36] spricht sich gegen die poenale Funktion der Genugtuung aus, mißt allerdings dieser Streitfrage wenig prak-

---

33) S. 85
34) S. 104 ff
35) S. 73 ff
36) S. 291

tische Bedeutung zu.
Er ist sich bewußt, daß Geld nur ein unvollkommenes Mittel für eine angestrebte Wiedergutmachung ist. Aus diesem Grunde soll Ausgleich und nicht Ersatz geleistet werden. Es gehe letztlich um eine Abgeltung erlittener Unbill und dies könne durch Zahlung einer runden Summe erreicht werden; dies sei ausreichend; dem Genugtuungsanspruch auch noch eine poenale Funktion beizumessen, sei nicht notwendig.

Ausgangspunkt für die Bemessung der Genugtuungssumme ist der immaterielle Nachteil, den der Verletzte erlitten hat. Die verschiedenen wichtigsten Faktoren, die als Grundlage für die Bemessung der zu leistenden Genugtuungssumme herangezogen werden müssen, sind Art und Schwere der Verletzung, das Verschulden des Schädigers sowie die Vermögensverhältnisse beider Teile. Unter diesen einzelnen Bemessungsfaktoren legen die Gerichte besonderes Gewicht auf den Grad des Verschuldens[37]. Je größer das Verschulden des Verletzers, je größer seine Leichtfertigkeit oder Rücksichtslosigkeit, desto höher ist die Genugtuungssumme zu bemessen. Grobes und sehr grobes Verschulden führen zu einer merklichen Erhöhung der Genugtuungssumme. Noch gewichtiger als das Verschulden ist allerdings das Ausmaß des zugefügten Leids, die immaterielle Unbill.
Auch das Verhalten des Schädigers im Prozeß kann zu einer Erhöhung der Genugtuungssumme führen, sofern es geeignet war, den Kläger zusätzlich in beachtlichem Ausmaße psychisch zu belasten.
Auch die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien finden Berücksichtigung, dies unter dem Gesichtspunkt der Billigkeit.

---

37) BGE 54 II,18; 60 II,325 ff; 90 II, 189 ff; 95 II,308

Beachtung findet auch die Tatsache, daß das Genugtuungsbedürfnis des Anspruchsstellers inzwischen wieder weggefallen sein kann, so z.B. durch Verzeihung[38] oder Wohltaten, die der Schädiger an den Verletzten erbracht hat; des weiteren besteht auch die Möglichkeit, daß sich das Genugtuungsbedürfnis durch die Bestrafung des Verletzers so weit gemindert hat, daß die Zuteilung einer Genugtuungssumme nach den Grundsätzen der Billigkeit nicht mehr gerechtfertigt ist[39]. Allerdings läßt nicht jede Verzeihung und nicht jede Bestrafung das Genugtuungsbedürfnis herabsinken, dies muß der Richter im Einzelfall prüfen.

Insbesondere in den Fällen der Tötung ist die Höhe der Genugtuungssumme für die Angehörigen davon abhängig, wie innig die Beziehung zwischen dem Anspruchssteller und dem Getöteten war. Die Genugtuung kann ganz wegfallen oder eine Reduktion erfahren, wo die Beziehungen nur lose oder wenig herzlich waren, so daß man von einem Leid nicht sprechen kann[40].
Es entspricht auch der herrschenden Meinung in Lehre[41] und Rechtsprechung[42], daß Art. 47 für die Gewährung des Genugtuungsanspruchs kein Verschulden voraussetzt. Somit reichen auch die Tatbestände der Gefährdungshaftung, wie z.B. die Art. 54-58 OR, 62 I SVG, 15 I AtG, 34 RLG und 36 III GSchG, unter den weiteren Voraussetzungen des Art. 47 OR als Grundlage für einen Genugtuungsanspruch aus.
Ferner sind die Art. 47 und 49 OR auch innerhalb bestehender Schuldverhältnisse anwendbar, wie Art. 99 Abs. III OR bestimmt[43].

In Art. 28 ZGB i.V.m. Art. 49 OR ist weit über den Tatbestand des Art. 47 OR hinaus eine Normierung des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes vorgenommen worden. Aufgrund dieser Vorschriften ist in der Schweiz ein allgemeines Persönlichkeits-

---

38) BGE 62 II
39) BGE 20,210
40) Oftinger, S. 293; BGE 32 II, 63 II,346; 64 II, 62
41) Oftinger, S. 295
42) BGE 74 II, 212; 95 I,596; 97 II,348
43) so auch BGE 87 II,143;

recht als subjektives Privatrecht anerkannt. Der Gesetzgeber hat hier Blankettvorschriften geschaffen und den Schutzbereich beider Bestimmungen durch die sprachliche Fassung umrissen. Schutzobjekt ist das Persönlichkeitsrecht als das allgemeine Individualrecht auf Achtung und Geltung eines jeden Menschen[44].

Die Persönlichkeit wird durch jede Beeinträchtigung persönlicher Güter verletzt. Eine umfassende Rechtsprechung hat einen Katalog der persönlichen Güter aufgestellt. Als Rechtsfolge der Persönlichkeitsverletzung gewährt das Gesetz Anspruch auf Beseitigung der Störung (Art. 28 I ZGB), und in den Fällen des Art. 49 OR auch einen Anspruch auf Schadensersatz und einen Anspruch auf Genugtuung.

III) Frankreich

Dem Code Civil ist ebenso wie dem schweizerischen Recht eine dem deutschen § 847 BGB entsprechende Norm nicht bekannt. Dennoch wird auch im französischen Recht Schadensersatz - auch in Form einer Geldentschädigung - für einen Nichtvermögensschaden gewährt; darüberhinaus wurde von der Rechtsprechung ein weitgehender Schutz der individuellen Persönlichkeitsgüter entwickelt.

Die gesetzliche Grundlage hierfür findet sich in den Generalklauseln der Art. 1382, 1383 sowie 1384 Code Civil. Diese lauten:

Art. 1382: "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."

Art. 1383: "Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence."

---

44) MPI-Gutachten, S. 1 und 2

Art. 1384: "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde."

Während das Gesetz in Art. 1382, 1383 C.c. generell an jede schuldhafte Schädigung eines anderen für den Schädiger die Verpflichtung knüpft, Schadensersatz zu leisten, ordnet Art. 1384 diese Schadensersatzpflicht auch für den Halter einer Sache an, normiert also eine Gefährdungshaftung, die namentlich bei Unfällen im Eisenbahn- und Straßenverkehr eine große Rolle spielt.

In der französischen Rechtslehre war es lange Zeit umstritten, ob der Ersatz des immateriellen Schadens, des "dommage moral", überhaupt von der Generalklausel des Art. 1382 C.c. umfaßt sein soll.

Man ist sich heute darüber im Klaren, daß der Gesetzgeber bei der Fassung der Vorschrift dieses Problem nicht gesehen hat[45], denn die Materialien zum Code civil schweigen sich hierüber aus. Wenig Klarheit hierzu läßt sich auch aus der Rede des Richters Tarrible[46] gewinnen, der den Entwurf des Art. 1382 vor dem Parlament begründet hat; denn er hat lediglich gesagt, daß diese Regelung mit ihrem umfänglichen Regelungsgehalt alle Arten von Schaden umfasse und sie einer gleichartigen Reparation unterwerfe, die als Maßstab den Schadensumfang habe.

Auf diese Rede stützen sich sowohl die Befürworter als auch die Gegner einer Einbeziehung des dommage moral in den Tatbestand des Art. 1382 C.c. mit gleichwertigen Argumenten.

Einige Autoren[47] lehnen jegliche Vergütung des immateriellen Schadens ab. Sie begründen ihre Meinung aus dem Gesetzeswort-

---

45) Mazeaud-Tunc, nr. 302
46) zitiert nach Remé, S. 18
47) so etwa Baudry-Lacantinerie, Nr. 2872; Demoque, S. 54; Ganot, S. 28 ff

laut und stützen sich insbesondere darauf, daß das Wort "réparer" sich unmöglich auf einen dommage moral beziehen könne, denn die ideelle Einbuße sei mit einer Geldleistung nicht vergleichbar und könne daher auch nicht in Geld aufgewogen werden; ein immaterieller Schaden sei einfach nicht ersetzbar; es sei für den Richter nicht möglich, eine angemessene Summe als Ausgleich für den Nichtvermögensschaden festzusetzen; das Gericht werde in Wahrheit gezwungen, die Ersatzleistung nach dem Verhalten des Täters zu bemessen, dies sei aber mit den Grundsätzen des Zivilrechts unvereinbar und laufe letztlich auf eine Bestrafung des Schädigers hinaus.
Eine andere Meinung will einen Geldausgleich für dommage moral im Rahmen des Art. 1382 C.c. nur zulassen, wenn der Nichtvermögensschaden die Folge einer strafbaren Handlung gewesen ist[48].

Wieder andere Autoren[49] spalten den Nichtvermögensschaden in zwei verschiedene Gruppen; sie stellen die Beeinträchtigung der sozialen Stellung, die beispielsweise durch Verletzung der Ehre oder des Rufes bewirkt wird, der bloßen Verletzung von Affektionswerten gegenüber. Für die Fälle der ersten Gruppe wird ein Schadensersatzanspruch uneingeschränkt bejaht, für die Fälle der zweiten Gruppe hingegen wird er ausnahmslos abgelehnt.
Der Streit in der französischen Rechtslehre um die Frage, ob auch der dommage moral im Rahmen der Art. 1382 ff zu ersetzen ist, ist heute beigelegt. Es besteht nunmehr Einigkeit darüber, daß ein prinzipieller Unterschied zwischen dem Ausgleich materieller und immaterieller Schäden nicht mehr gemacht werden kann[50]. Als Schaden i.S.d. Art. 1382 C.c. wird daher jede nachteilige Folge der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses angesehen, ohne Rücksicht darauf, ob das Interesse materieller oder immaterieller Art ist[51].

---

48) Aubry-Rau, S. 345 ff
49) Trebutien, nr. 129; Mangin, nr. 123; zitiert nach Mazeaud-Tunc Nr. 308
50) siehe hierzu Stoll, Gutachten, S. 75 ff;Schmidt-Schlegel, S. 38 ff
51) Colin-Capitant Bd.II,S. 212ff;Mazeaud-Tund,Nr.313; Remé S.18

Zu der Einbeziehung des Nichtvermögensschadens in das französische Schadensrecht hat die französische Gerichtspraxis einen wesentlichen Beitrag geleistet; allerdings hat gerade die Rechtsprechung der Cour de cassation den Begriff des immateriellen Schadens sehr weit ausgedehnt und damit zu einem weitgehenden Schutz der verschiedensten Persönlichkeitsgüter beigetragen.

Die Rechtsprechung hat in dem immateriellen Schaden ein wirksames Mittel gefunden, um die verschiedensten Interessen, Rechte und Eigenschaften zu schützen, die das Wesen der Persönlichkeit ausmachen[52].

Der Begriff des immateriellen Schadens hat somit eine vielfältige Anwendung erfahren. Die erste Entscheidung, mit der die Cour de cassation den dommage moral anerkannte, fällt in das Jahr 1833[53].

Eine systematische Darstellung oder eine Aufzählung aller einschlägigen Entscheidungen würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, es sollen hier nur einige Beispiele genannt werden, an Hand derer die wichtigsten Einzelfragen erörtert werden können.

Ein immaterieller Schaden kann sich aus einer Körperverletzung ergeben (und wird durch Gewährung des dommage moral ausgeglichen), ebenso kann er aus einer widerrechtlichen Beeinträchtigung des Rufes oder der Ehre[54] einer Person herrühren; auch

---

52) Constantinesco, ACP 1959, 340

53) Chambres réunis 16.6.1833, Sir. 33, 1. 458

54) Cass.civ. 17.1.1955, J.C.P. 1955 II, 8529 (es werden 250000 Frs. wegen verleumderischer Tatsachenbehauptungen zugesprochen). Dijon 8.1.1936, Sir. 1936,289, (in einem Film, der auf einem Mordfall beruhte, der sich tatsächlich ereignet hatte, wurde der Verdacht auf einen angesehenen Arzt gelenkt - 25 Mill. Frs. zugesprochen).
Trib. Civ. Seine 15.3.1951, DP1951,485; (100000 frs. werden den Erben einer bekannten Persönlichkeit zugesprochen, der in einem Buch vorgeworfen wurde, sie habe gegen die Resistance gearbeitet).

die Verletzung des Namensrechts[55] oder des Rechts am eigenen Bilde[56] und die Freiheitsberaubung[57] ziehen Schadensersatzansprüche nach sich, ebenso wie die Verletzung des Berufsgeheimnisses[58] und des Urheberpersönlichkeitsrechts[59], oder ein falsches Anerkenntnis der Vaterschaft[60].

Eine sehr weitgehende Anwendung erfährt der Begriff des dommage moral auch bei der Beeinträchtigung des Rechts eines Künstlers auf freie Meinungsäußerung[61].

Eine Besonderheit stellt in der französischen Rechtsprechung die in sehr großzügigem Maße gewährte Vergütung des "mittelbaren" Gefühlsschadens dar, den jemand durch den Tod oder die Körperverletzung eines anderen erleidet. Im Falle der Tötung sind grundsätzlich alle Personen zur Geltendmachung des dommage moral berechtigt, wenn sie nur nachweisen können, daß sie infolge starker Zuneigung zu dem Getöteten durch dessen Tod schwer getroffen wurden[62]. Hierbei ist der Personenkreis nicht

---

55) Trib.civ. Chartes, 4.4.1957, Gaz.Pal. 1957,138 (40.000 frs. wegen Benutzung des Familiennamens und der Lebensumstände einer Jugendfreundin der Verfasserin eines Romans); Paris, 2.7.1957, J.C.P. 1957 II, 10157 (10.000 frs. wegen Benutzung des Namens einer historischen Persönlichkeit für ein Geschäft mit Luxusartikeln)

56) Trib. com. Seine, 8.10.1903, Gaz.Pal. 1903, 2.637 (Abbildung einer Pantomimenkünstlerin auf dem Titelblatt eines unmoralischen Magazins - 1.000 frs.) Trib.civ. Seine 4.2.1956; Gaz.Pal. 1956, 1.284 (Photoreporter überträgt das Foto einer Dame der Gesellschaft unbefugt zum Zwecke der kommenziellen Verwertung weiter - 10.000 frs.; die gleiche Summe muß auch die Gesellschaft zahlen, die das Bild veröffentlich hat.)

57) Nimes, 3.7.1911, D.P. 1914, 2.89 (der Kläger wurde 7 Tage lang in einer Irrenanstalt festgehalten, 500 frs.)

58) Paris, 17.6.1938, D.H. 1938,520

59) Paris, 30.5.1962, J.C.P. 1963 II, 12989 (Zerlegung eines Kunstwerkes)

60) Rennes, 9.1.1950, Gaz.Pal. 1950, I. 260

61) Constantinesco, a.a.O., S. 340 und die dort in Fußnote 69 und 70 genannten Beispiele

62) siehe hierzu auch Stoll, Gutachten, S. 80 u. 81; ebenso Schmidt-Schlegel, S. 157 ff

auf die engsten Verwandten beschränkt, sondern ein "Schmerzensgeld" wurde auch Geschwistern[63], Verlobten[64], Stief- und Pflegekindern[65], ja von manchen Gerichten sogar der Konkubine[66] zugesprochen. Die neuere Rechtsprechung[67] geht dabei sogar soweit, das Affektionsinteresse an einem getöteten Tier zu ersetzen.

Bei der Bemessung der als dommage moral zu zahlenden Summe neigt die Rechtsprechung zwar dazu, die Schwere der Schuld zu berücksichtigen, dem tritt jedoch die Lehre einhellig entgegen. Darüber hinaus wird es auch für unzulässig erachtet, den zu ersetzenden Schaden auf die Vermögensverhältnisse der Parteien abzustimmen[68].

Die weite Ausdehnung des dommage moral durch die französische Rechtsprechung, die in der Lehre im überwiegenden Maße auf Zustimmung gestoßen ist, hat die Frage nach der Funktion der Entschädigung für den Nichtvermögensschaden aufgeworfen. Sie wird in der französischen Literatur nicht einmütig beantwortet. Solange man eine Geldentschädigung nur für das Erleiden körperlicher Schmerzen gewährte, bestand kein Zweifel über ihre Funktion. Man erkannte zwar, daß das Geld keinen vollständigen Ausgleich für das Erlittene bieten konnte, jedoch hielt man es für besser, die Schmerzen hinreichend zu kompensieren, als jegliche Entschädigung zu versagen[69].

---

63) Dijon 12.5.1897, Sir. 1897, 2.243; Cass.crim. 15.12.1323, Gaz.Pal. 1924, I 246

64) Cass. crim. 5.1.1956, D.P. 1956, j. 216

65) Cass. Reg. 10.4.1922, D.P. 1923, 1.53; Caen 4.7.1935, D.H. 1935,514

66) Lyon 23.10.1929, D.P. 1929, 2.169; a.A. Cass. civ. 10.1.1963, D.P. 1963, 1.404, hierzu auch Schmidt-Schlegel, S. 177 ff mit weiteren Nachweisen

67) Trib. civ. Caen 30.10.1962, J.C.P. 1962, II 12954,(2.000 frs. für die Eigentümerin eines getöteten Dackels über den Sachwert hinaus);Cass.civ. 16.1.1962, J.C.P. 1962 II 12557 (für ein getötetes Rennpferd wird dem Eigentümer zu dem Sachwert von 35.000 eine Summe von 15.000 frs = insgesamt 50.000 frs. zugesprochen)

68) Stoll, Gutachten, S. 80; Mazeaud-Tunc, S. 573

69) Remé, S. 19; Colin-Capitant, S. 214: "Faute de mieux, l'argent sert dans la vie à panser biens des blessures."

Hinzu kommt, daß die Einbeziehung des immateriellen Schadens in das allgemeine Schadensersatzrecht der Art. 1382 ff C.c. naturgemäß darauf drängt, der Entschädigung für dommage moral den Charakter einer Kompensation zuzusprechen, da die Anwendung der allgemeinen Schadensersatznormen dies logischerweise fordert.

Infolge der sehr weitgehenden Anwendung und der Ausdehnung des dommage moral entstanden Zweifel, ob diesem ausschließlich die Funktion einer Kompensation zukomme.

Insbesondere gilt dies für die Fälle der Verletzung von Ehre und gutem Ruf, bei denen man sich darüber einig ist, daß eine Geldentschädigung weder die Ehre noch den guten Ruf wiederherstellen kann. Gerade unter Anwendung des Kompensationsgedankens sei die Veröffentlichung des Urteils, in dem die Beleidigung als rechtswidrig und schuldhaft begangene Ehrkränkung bezeichnet werde, durchaus besser geeignet, die verletzte Ehre des Betroffenen reinzuwaschen, als eine Geldentschädigung[70].

Als geradezu unmoralisch bezeichnen es einige Autoren[71], wenn für die Fälle, in denen die Gerichte den Verwandten eines Getöteten und den sonstigen ihm nahestehenden Personen für die Verletzung ihrer Gefühle eine Entschädigung zubilligen, die Ansicht vertreten werde, das gezahlte Geld könne den in seinen Gefühlen Verletzten über den Tod eines geliebten Menschen hinwegtrösten.

Ein erheblicher Teil der französischen Lehre spricht daher in diesen Fällen dem Anspruch auf Entschädigung für einen immateriellen Schaden den Charakter einer Privatstrafe zu[72]; dies erscheint ihnen weniger geschmacklos als die Gewährung einer Entschädigung.

---

70) Savatier, S. 93
71) z.B. L. Ripert, nr. 21,28
72) Demogue, S. 49 ff; Josserand, S. 262; Ganot, S. 162

Die Vertreter der Privatstrafetheorie argumentieren, daß die Privatstrafe wesentlich besser geeignet sei, den Nachweis des dommage moral zu erbringen und die mit der Bemessung der Entschädigungssumme zusammenhängenden Probleme zu lösen. Zur Stützung ihrer Ansicht führen sie an, daß die Rechtsprechung die Privatstrafetheorie grundsätzlich anerkenne, da sie bei der Bemessung der Entschädigung den Verschuldensgrad des Verletzers berücksichtige. Das beim Geschädigten erfahrungsgemäß entstehende Vergeltungsgefühl entziehe sich der Kompensation, es hänge ebenso wie vom Verschulden des Schädigers von der Schwere der Rechtsverletzung ab.

Hiergegen wenden sich die Vertreter der Kompensationstheorie[73]. Auch sie sind sich darüber im Klaren, daß die das verletzte Rechtssubjekt in seinem Innersten berührende Folgen der schädigenden Handlung nicht mit Geld ausgeglichen werden können, jedoch sind sie der Ansicht, das Geld versetze den Entschädigten in die Lage, sich anstelle der durch die schädigende Handlung verlorengegangenen Lebensgenüsse einen anderen äquivalenten Genuß zu verschaffen; ob die Annahme einer Geldleistung als Schadensersatz für dommage moral sittlich billigenswert erscheine, könne nicht von ihrer rechtlichen Bezeichnung abhängen. Die moralischen Bedenken seien nicht dadurch ausgeräumt, daß man anstelle von Entschädigung von Privatstrafe spreche.

Auch die Bemessungsprobleme seien bei der Privatstrafe die gleichen wie bei der Entschädigung; es mache keinen Unterschied, ob ein Kompensationsbetrag für die zugefügte Unbill, oder ein Betrag zur Sühne begangenen Unrechts festzusetzen sei.

Desweiteren führe die Privatstrafe zu einer Verletzung des Grundsatzes "ne bis in idem", wenn das Delikt, das die Ver-

---

73) Mazeaud, nr. 301 ff; Beudant, S. 200; Planiol, S. 348

letzungshandlung darstellt, gleichzeitig einen Straftatbestand erfüllt.
Da Art. 1382 C.c. keine strafrechtliche Norm sei, verstoße die Privatstrafetheorie gegen das Prinzip "nulla poena sine lege".

Die Privatstrafe sei ein Relikt aus einem barbarischen Zeitalter und sei mit dem Geist moderner Kultur nicht vereinbar. Darüber hinaus werde sie dadurch ad absurdem geführt, daß in zahlreichen Fällen gar nicht der Schädiger selbst Schadensersatz leisten müsse, sondern eine hinter diesem stehende Haftpflichtversicherung; daher sei es unsinnig, hier von Bestrafung zu reden.
Gelegentlich taucht auch im Schrifttum im Zusammenhang mit dieser Streitfrage der Begriff der "satisfaction" auf. Dieser Begriff wird jedoch nicht einheitlich gebraucht, zum einen Mal wird er i.S.d. Privatstrafe, zum anderen im Sinne einer Kompensation verwendet.
Der Streit um die Rechtsnatur des dommage moral setzt sich bei der Frage, welche Faktoren für die Festlegung der Anspruchshöhe ausschlaggebend sind, fort.
Einhellig neigen die Vertreter der herrschenden Kompensationstheorie[74] dazu, die Schwere des Verschuldens bei der Bemessung des Schadensersatzes für den Nichtvermögensschaden außer Acht zu lassen; ebenso erachten sie es als unzulässig, die Vermögensverhältnisse der Parteien zu berücksichtigen. Sie wollen grundsätzlich nur auf die Schwere der Verletzung sowie auf das Alter und das Geschlecht[75] der verletzten Person abstellen; ein wichtiger Maßstab ist auch die vom Verletzten erlittene Einbuße an Lebensfreude.
Die Rechtsprechung[76] und die Vertreter der Privatstrafetheorie[77]

---

74) so S. 97, Fußn. 73
75) hierbei wird z.B. die Entstellung einer Frau als schwerer angesehen als die eines Mannes, Savatier Bd. II, S. 98
76) Civ. 19.5.1885, D.P. 85, 1.345, Nancy, 9.12.1876, D.P.79, 2.47
77) so S. 96, Fußn. 72

wollen die Schwere des Verschuldens sowie die Vermögenslage des Schädigers bei der Bemessung des dommage moral berücksichtigt wissen. Die Befugnis des Richters hierzu wird aus seinem "pouvoir souverain", seiner Ermessensfreiheit, hergeleitet[78].

Die heute herrschende Lehre[79] will selbst bei der vertraglichen Haftung den immateriellen Schaden nach den gleichen Grundsätzen ersetzen, wie den Vermögensschaden; die Rechtsprechung ist hierbei jedoch sehr zurückhaltend[80].

IV England

Den Begriff des Nichtvermögensschadens sucht man im englischen Recht vergebens; das common law zieht in der rechtlichen Würdigung des Schadens keine Trennungslinie zwischen materiellem und immateriellem Schaden. Die Rechtsprechung gewährt grundsätzlich gegen jede Rechtsverletzung Schutz, unabhängig davon, ob das verletzte Rechtsgut Vermögenswert hat oder nicht[81].

Eine Betrachtung des englischen Deliktrechts zeigt, daß hier nicht wie in den kontinentalen Rechtsordnungen gewisse Schutzbereiche abgegrenzt sind, deren Verletzung ein deliktsrechtliches Unrecht darstellt und Ersatzansprüche des Verletzten auslöst. Das englische law of torts ist vielmehr aktionenrechtlich zu verstehen[82]; es ist einzelnen Klagearten vorbehalten, die verschiedenen Rechtsgüter zu schützen.

Eine Untersuchung der einzelnen deliktischen Klagen daraufhin, ob und inwieweit im englischen Recht der Nichtvermögensschaden

---

78) Mazeaud-Tunc, a.a.O., 415; Dorville, S. 167; Ganot, S. 54
79) Stoll, Gutachten, S. 84
80) Cass. civ. 17.2.1874, S.R. 1874, 1.477, Marseille,20.12.1929 Gaz.Pal. 1930, 1.426
81) so C.J. Holt, in Ashby v. White, Smith, Leadins Cases, S. 273: "Every injury imports a damage though it does not cost the party one farthing"; Underhill, S. 8: "ubi ius, ibi remedium"
82) Stoll, Gutachten, S. 94

Berücksichtigung findet, würde über das Ziel dieser Arbeit hinausgehen. Aus diesem Grunde sollen hier nur diejenigen "actions" genannt werden, in denen sich eine Entschädigung für Nichtvermögensschäden ohne Schwierigkeiten nachweisen läßt und in denen auch offensichtlich der Nichtvermögensschaden durch Geldentschädigung ausgeglichen wird. Dies sind:

"action for assault,
action for battery,
action for false imprisonment,
action for libel
action for slander,
action for seduction,
action for abduction,
action for adultery,
action for habouring and enticing away".

Die Möglichkeit, einen Nichtvermögensschaden bei Gericht einzuklagen, ist im wesentlichen auf die angeführten Klagen begrenzt. Diese Beschränkung hat ihren Ursprung auf prozessualem Gebiet. Während allgemein bei Klagen im Vertrags- und Deliktsrecht ein "special loss and damage" nachgewiesen werden muß, geben verschiedene Klagen die Möglichkeit, einen Anspruch auf einen materiellen oder ideellen Schaden ohne speziellen Schadensnachweis mit Erfolg einzuklagen; in diesen Fällen wird der Eintritt des Schadens vermutet. Diese Klagen sind "actionable per se"; sie geben einen Anspruch auf die sogenannten "general damages", auf eine Entschädigung, die nicht den Nachweis eines bestimmten Schadens (special damage) voraussetzt[83]. Hierzu führt Jenks[84] aus:

---

83) Schmidt-Schlegel, S. 41; Stoll, Gutachten S. 94
84) Jenks, S. 337

> " We may instance ... the distinction between those torts which are actionable per se, and those which are only actionable when pecuniary loss is proved. Among the former may be mentioned trespass whether to person, land or chattels, libel, violation of public rights (e.s., right to use a highway), disturbance of certain "incorporal hereditaments" and certain special cases of slander. Most of the other-torts recognized by English law are actionable only on proof of actual loss by the plaintiff. The distinction appears to be almost accidental or to be at most a metter of procedure".

Es ist augenscheinlich, daß gerade die actions actionable per se als Grundlage für eine ausgedehnte, erfolgreiche Geltendmachung von Ansprüchen für Nichtvermögensschäden im englischen Recht dienen; allerdings schließt auch die Geltendmachung eines special damage nicht aus, daß Ersatz eines Nichtvermögensschadens gewährt wird, jedoch ein reiner Nichtvermögensschaden kann mit den Klagen, die special damages zur Voraussetzung haben, nicht erlangt werden[85].

Die Unterscheidung von general damages und special damages ist wohl historisch zu erklären. Während den ersteren Ansprüchen der Gedanke zugrundeliegt, daß es sich hierbei um eine Rechtsverletzung handelt, die in jedem Fall eine Sanktion nach sich ziehen müsse - dies sind die älteren Klageansprüche- kamen später neue Ansprüche hinzu, denen eine konkrete Schadenszufügung zugrunde lag, der abzuhelfen man als notwendig empfand[86].

Zur ersteren Gruppe von Klagen gehören beispielsweise die action for assault, die action for battery und die action for false inprisonment; sie alle dienen dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und werden unter dem Oberbegriff "Trespass to the person" zusammengefaßt; auch die action of libel gehört zur Gruppe der actions actionable per se und gibt ein Anspruch auf general damages.

---

85) Schmidt-Schlegel, S. 42
86) Stoll, Gutachten, S. 94

Hierbei kann ganz allgemein die Faustregel aufgestellt werden, daß bei allen Delikten, die sich gegen persönliche Rechtsgüter richten, der general damage ersetzt werden muß und somit auch ohne weiteres ein Anspruch auf Ersatz des Nichtvermögensschadens besteht[87].

Neben dem allgemeinen Begriff der damages, die je nach der action als general oder special damages geltend gemacht werden, unterscheidet das englische Law of torts noch bestimmte Typen von damages, die insbesondere in ihrer Funktion stark voneinander abweichen. So sind als Hauptgruppen die compensatory damages, die exemplary damages sowie die nominal damages zu nennen.

A) Compensatory damages

Compensatory damages for pain and suffering gewährt die englische Rechtsprechung dem Geschädigten im Falle der deliktischen Verletzung eines Persönlichkeitsgutes, gleichgültig, ob ein materieller oder ein immaterieller Schaden entstanden ist.

Da beide Schadensarten, wie gezeigt, im englischen Recht nicht unterschieden werden, werden die damages stets in einer Summe zugesprochen.

Voraussetzung für die Gewährung von compensatory damages ist daß ein Schaden substantiell entstanden ist, daß z.B. eine Körperverletzung tatsächlich physische Schmerzen oder seelisches Leid verursacht hat[88].

Zweck der compensatory damages ist allein der Ausgleich des eingetretenen Schadens; dieser soll soweit wie möglich durch die Zahlung einer Geldsumme kompensiert werden, ohne aber den Geschädigten grundlos zu bereichern. Es gilt der Grundsatz der

---

87) Stoll, Gutachten, S. 96
88) Remé, S.12

"fair compensation", der bestimmt, daß Gläubigervorteil und Aufwand des Deliktsschuldners in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen;die damages sollen den Schädiger möglichst wenig treffen, aber dem Geschädigten einen optimalen Ausgleich gewähren[89].

Auch bei der Gewährung von compensatory damages wird nicht verkannt, daß die Zahlung einer Geldsumme kein geeignetes Mittel sein kann, einen immateriellen Schaden unmittelbar wiedergutzumachen; aus diesem Grund mißt man diesem damages allein die Funktion der Kompensation durch die Gewährung eines Gegenvorteils in Form einer Geldsumme zu. Mit dem Geld soll der Geschädigte sich Ausgleichswerte verschaffen können, es soll ihn in die Lage versetzen, sich Genüsse zu verschaffen, die ihm helfen seine erlittene Unbill zu überwinden und zu vergessen.

Bei der Bemessung der Entschädigung hat der Richter wesentlich mehr Spielraum als bei den kontinentalen Rechten, da dem englischen Recht eine Gleichsetzung von Schaden und bezifferbaren Vermögensnachteilen unbekannt ist. Ist der Deliktstatbestand erfüllt und der Eintritt eines Schadens festgestellt, so wird dessen Höhe nach den Umständen frei geschätzt[90], wobei der bezifferbare Vermögensnachteil stets die untere Grenze bildet.

Voraussetzung für die Kompensation des ideellen Schadens ist, daß konkrete Indizien den Schluß auf das Vorliegen einer solchen immateriellen Schädigung zulassen. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eine Verletzung des Körpers vorliegt; dann gilt auch eine immaterielle Einbuße als sicher und muß kompensiert werden. Seelisches Leid allein, ohne physische Beeinflussung, kann nicht kompensiert werden.

---

89) Schmidt-Schlegel, S. 9 ff; Pollock, S. 138; Salmond, S. 706 ff

90) Stoll, Gutachten, S. 95

Weitere Voraussetzung für den Anspruch auf compensatory damages ist, daß der Verletzte die ideelle Einbuße auch tatsächlich empfunden hat. So erhält weder der Geisteskranke noch der nasciturus compensatory damages[91].

Bei der Bemessung muß der Richter die Schwere der erlittenen Einbuße und die durch Kompensation erzielbare Entlastung des Verletzten abschätzen. Hierbei sind als wichtigste Faktoren Art und Ausmaß der Verletzung sowie Alter und Geschlecht des Verletzten zu nennen, da diese Faktoren das Ausmaß des Leidens sowie die Möglichkeit, es durch Kompensation zu mindern, mitbestimmen.

Das Verschulden des Schädigers wird bei der Festsetzung des zu zahlenden Kompensationsbetrages nicht unmittelbar berücksichtigt. Es kann sich aber dann auf die Höhe des compensatory damages auswirken, wenn es den Nichtvermögensschaden feststellbar erhöht hat, so z.B. dann, wenn auf Grund eines schweren Verschuldens dem Verletzten ein Mehr an Leid zugefügt wurde. Weder die Vermögenslage des Schädigers noch die des Verletzten findet bei der Bemessung der compensatory damages Berücksichtigung.

B) Exemplary damages

Neben dem compensatory damages kennt das englische Law of torts die exemplary damages, auch punitive oder vindictive damages genannt. Sie finden im wesentlichen Anwendung bei Angriffen auf die Ehre (libel and slander), auf Familienbeziehungen (seduction, enticing or habouring away), auf körperliche Unversehrheit (assault and battery) und die Freiheit der Person (false imprisonment). Auch bei Eigentums- und Besitzverletzungen können exemplary damages zugesprochen werden.

---

91) Reme, S. 70

Nach heute überwiegender Meinung in der englischen Lehre bezwecken die exemplary damages eine Bestrafung des Täters[92]. Die exemplary damages werden üblicherweise zusätzlich zu den compensatory damages zuerkannt. Sie gehen über den eigentlichen Schadensumfang hinaus und stellen eine Art Strafzuschlag dar, den das Gericht dem Betroffenen auferlegt, wenn die Tat grob rücksichtslos oder böswillig ausgeführt wurde und so Ausdruck einer bösen Gesinnung (malicious) des Täters ist[93].
So heißt es in einem Lehrbuch des englischen Rechts: "If the wrong was accompanied by any aggravating circumstance, or caused the plaintiff loss of dignity or personal freedom, exemplary damages may be awarded to punish the offender"[94].
Exemplary damages werden unabhängig davon zugesprochen, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist, denn sie dienen nicht dem Schadensausgleich, sondern haben poenale und zugleich präventive Funktion. Durch die Gewährung der exemplary damages wird das Verhalten des Schädigers moralisch verurteilt; der Täter wird bestraft, gleichzeitig sollen er und die Allgemeinheit abgeschreckt werden[95].

---

92) Halsbury, S. 253 ff; Pollock, S. 207; Street, S. 29 ff
93) Rookes v. Barnard 1964, All.E.R. 367 ff per Lord Devlin: "The objekt of exemplary damages is to punish and deter". In dieser wegweisenden Entscheidung sprach sich Lordrichter Devlin für eine drastische Beschneidung der Fälle aus, für die exemplary damages in Frage kommen; exemplary damages sollen nur noch bei 3 Fallgruppen gewährt werden: 1) bei ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung, 2) bei willkürlichen Übergriffen von Staatsbediensteten, 3) wenn der Täter durch die Tat einen Gewinn erzielt hat, der seine Schadensersatzpflicht übersteigt; Diese Auffassung wurde in der neuesten Entscheidung des Oberhauses Casell and Co v. Broome (1972 All.E.R. 801) bestätigt.
94) Rodger Bell, S. 79
95) Die Präventionsfunktion der exemplary damages wird besonders betont von Chief Justice Gibbs: "I wish to know in a case where a man disregards every principle, which actuates the conduct of gentlemen, what is to restrain him except large damages.

Aus diesem Grunde ist für die Höhe des zuzusprechenden Betrages nicht der eingetretene Schaden, sondern das gesamte Verhalten des Täters maßgeblich. Im Blickpunkt der richterlichen Würdigung steht nicht der Verletzte und dessen Schaden, sondern fast ausschließlich der Täter[96].

Bei der Zumessung der exemplary damages spielt das Verschulden des Täters - wie bei jeder Strafzumessung - eine erhebliche Rolle, auch das Motiv und die Art und Weise, wie er das Delikt begangen hat, werden berücksichtigt. Selbst das Verhalten des Täters nach der Tat ist maßgeblich, so z.B. ob er sich entschuldigt hat oder ob er uneinsichtig bleibt. Auch die Vermögenslage des Täters sowie seine gesellschaftliche und soziale Stellung findet Berücksichtigung; nicht maßgeblich sind die Vermögensverhältnisse des Verletzten, da sie für die Höhe einer Strafe nicht bedeutsam sind[97].

Die exemplary damages erfüllen neben der Bestrafung des Täters und der Prävention noch einen weiteren Zweck, nämlich die Besänftigung des Verletzten. Es wird davon ausgegangen, daß der Deliktskläger mit der Geltendmachung seines Schadensersatzanspruches auch eine moralische Genugtuung erlangen will; dieses Genugtuungsbedürfnis soll durch den Zuspruch von exemplary damages befriedigt werden.

Die von den englischen Gerichten zugesprochenen exemplary damages können als recht drakonisch bezeichnet werden. So mußte eine Filmgesellschaft an eine russische Prinzessin aufgrund einer action for libel 25.000 £ bezahlen, weil in einem Film behauptet wurde, sie sei von dem Mönch Rasputin verführt oder vergewaltigt worden[98].

Dafür, daß er eine Frau an den Haaren die Treppe herunterschleifte, mußte der Täter 3.000 £ exemplary damages zahlen[99] und für

---

96) Clerk and Lindsell, S. 317: "The time, place and manner of the trespass and the conduct of defendant may be taken into account".

97) Salmond, S. 709

98) Youssoupoff v. Metro-Goldwyn-Mayer (1939) 50.T.L.R. 581

99) Loudon v. Ryder (1953) 2

das bloße Wegschlagen des Hutes wurden 500 £ als angemessen erachtet[100]. Die Praxis entscheidet in den meisten Fällen nicht deutlich zwischen compensatory und exemplary damages. Der Ausspruch der exemplary damages erfolgt nicht gesondert und die Summen hierfür werden nicht extra festgesetzt, sondern es wird eine Gesamtsumme zugesprochen, die einen Strafzuschlag als exemplary damages enthält.

Insbesondere in neuerer Zeit wird das Rechtsinstitut der exemplary damages in England als nicht systemgerecht angegriffen[101]. Als Hauptargument führt man an, daß der zentrale Gedanke des englischen Schadensersatzrechts die Kompensation sei und das von dem exemplary damages getragene Strafelement nicht in das Zivilrecht passe. Allerdings räumen auch diese Kritiker ein, daß für bestimmte Fälle auf die exemplary damages als Sanktion nicht verzichtet werden könne, nämlich dann, wenn der Täter durch die Tat einen Gewinn erzielt habe, der seine Entschädigungspflicht übersteigt.

So führt Lordrichter Devlin in seinem Votum in der Sache Rookes v. Barnard aus:[102]

> "Cases in the second category are those in which the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff.... Where a defendant with a cynical disregard for a plaintiff's rights has calculated that the money to be made out of his wrongdoing would probably exceed the damages at risk, it ist necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity.... exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that wrongdoing does not pay."

---

100) Merest v. Harvey, 1814,5 Taunt. 442
101) Street, S. 34 ff; Rookes v. Barnard (1964) a.a.O.
102) vgl. hierzu S. oben S. 105, Fußn. 93

C) Nominal damages

Hat eine Rechtsverletzung keinen substantiellen Schaden nach sich gezogen, so kann das Gericht nominal damages zusprechen. Voraussetzung hierfür ist, daß das begangene Delikt (tort) actionable per se ist. Die nominal damages bestehen aus einem nur symbolischen Geldbetrag. Durch die Gewährung von nominal damages wird zum Ausdruck gebracht, daß der Beklagte den Kläger in einem Recht verletzt hat und ihm damit ein Unrecht angetan hat, auch wenn dem Verletzten kein Schaden entstanden ist. Sie haben im wesentlichen die Funktion, eine begangene Rechtsverletzung festzustellen und werden häufig bei Beleidigungen (libel) ausgesprochen, weil in diesen Fällen in der Regel keinen Ausgleich bewirken kann und nicht zu einer Beseitigung der Ehrkränkung beiträgt.

Es bleibt dem Kläger jedoch stets überlassen, unter Nachweis eines wirklichen Schadens weitergehenden Schadensersatz zu verlangen. Eine weitere praktische Bedeutung der nominal damages liegt in der Auswirkung auf die Kostenentscheidung: Der Beklagte wird regelmäßig dazu verurteilt, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen[103].

Schadensersatz - auch für Nichtvermögensschäden - gewährt das englische Recht außer im Bereich des Deliktsrechts auch in Fällen vertraglicher Haftung wegen Vertragsverletzung, wo ja ebenfalls in ein Recht des Klägers eingegriffen wird[104].

V) Vereinigte Staaten

Das Schadensrecht der Vereinigten Staaten geht im wesentlichen auf das Commen Law zurück und entspricht daher in seinen Grundzügen dem englischen Recht. Auch das amerikanische Recht kennt die Unterscheidung in general und special damages sowie die je

---

103) Remé, S. 15; Mc Gregor, S. 649; Street, a.a.O.
104) vgl. hierzu Stoll, Gutachten, S. 109

nach der Funktion bezeichneten compensatory, nominal und exemplary damages.

Bemerkenswert in der amerikanischen Schmerzensgeldrechtsprechung ist die Höhe der zuerkannten Beträge für immaterielle Schäden. So gilt als Faustregel für die Bemessung des Schmerzensgeldes bei Körperverletzung, daß die zu zahlende Summe das drei- bis vierfache der Arzt- und Heilungskosten ausmacht. Je nach der Schwere der Verletzung sind fünfstellige Beträge keine Seltenheit.

Eine Besonderheit im Vergleich zum englischen Recht ist die von der amerikanischen Rechtsprechung geschaffene Rechtsfigur des "right of privacy". Eine genaue Definition des Begriffes "right of privacy" ist bis heute noch nicht gegeben worden. Das Recht gewährleistet einen umfassenden Schutz der Privatsphäre. Die Rechtsprechung bezeichnet es als:

> "the right to be let alone; that is the rigth to be free from unwarranted publicity, or the right to live without unwarranted interference by public in matters with which it is not necessarily concerned.[105)]

Von Nizer[106)] wird es als das Recht des einzelnen auf Privatsphäre bezeichnet:

> "is the right of an individual to live a life of seclusion and anonymity.....
> it is a recognition of the dignity, of solitude, of the majesty of man's free will and the power to mold his own destiny, of the sacred and inviolate nature of one's innermost self."

Diese Charakterisierung läßt den Schluß zu, daß das "right of privacy" einen umfassenden Schutz der Intimsphäre des Menschen und einen weitreichenden Persönlichkeitsschutz gewährleistet.

So wurde beispielsweise das Abhören von Telefongesprächen und die unbefugte Aufnahme solcher Gespräche auf Band als Verletzung

---

105) Brents v. Morgan (1927) 299, S. W. 967, zitiert nach MPI-Gutachten, S. 302

106) Nizer, 39 Mich.L.Rev., 528, zitiert nach MPI-Gutachten,a.a.O.

des right of privacy angesehen[107]. Ebenso wird die Veröffentlichung von Briefen ohne Zustimmung des Schreibers als unrechtmäßiger Eingriff in die Privatsphäre gewertet[108].

Eine besondere Behandlung im amerikanischen Recht erfährt das Institut der exemplary damages. Außer in den Staaten Louisiana, Massachusetts, Nebraska und Washington ist es in allen Bundesstaaten grundsätzlich anerkannt[109]. Allerdings konnten sich die exemplary damages nur unter großen Schwierigkeiten in den Vereinigten Staaten durchsetzen. Die Einbeziehung des Sühnegedankens in das Zivilrecht wurde als Rückfall in barbarische Zeiten bezeichnet. Als wesentliche Argumente gegen die exemplary damages wurden angeführt, daß sie, weil sie neben einer Kriminalstrafe verhängt werden konnten und somit zu einer doppelten Bestrafung des Täters führten, verfassungswidrig seien; außerdem führe die Verhängung einer solchen Privatstrafe zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Verletzten, da der Betrag an ihn und nicht an den Staat gezahlt werden müsse; auch werde der Beklagte, wenn er in einem Zivilprozeß zu einer Strafe verurteilt werde, den besonderen Sicherheiten, die ihm die Strafprozessordnung biete, beraubt[110].

Im übrigen erhob man den Vorwurf, die exemplary damages stellten einen Verstoß gegen die Logik und die Prinzipien des Privatrechts dar, das nicht auf Bestrafung des Täters - dies sei dem Strafprozeß vorbehalten - sondern lediglich auf Ausgleich ziele.

Die hier aufgeführten Bedenken konnten jedoch den Vormarsch der exemplary damages im amerikanischen Schadensrecht nicht aufhalten. Insbesondere die Rechtsprechung hat sich von den Gegnern der exemplary damages nicht überzeugen lassen. Mit dem

---

107) Rhodes v. Graham (1931) 375. S. W. 46
108) Baker v. Libbie (1912) 97. N. E. 109
109) Auf geringe Abweichungen soll hier nicht eingegangen werden.
110) vgl. hierzu im einzelnen die Literaturangaben bei Großfeld, S. 55 Fußn. 1-7 und Stoll, Gutachten, Fußn. 524-526

Argument, daß es einfach nicht möglich sei, alle Verletzungen in Geld auszugleichen, und mit dem Ziel, das Genugtuungsbedürfnis des Geschädigten zu befriedigen und darüber hinaus eine Spezial- und auch eine Generalprävention zu erreichen, behielt man die exemplary damages bei. Dies zeigt ganz deutlich die Begründung einer Entscheidung aus dem Staate Virginia[111]:

> "But in actions of malicious wrong it is the satisfaction of punishment that is demanded. The estabilishment of such a rule as law will drive many an honourable and sensitive man out of the courts of justice, to become the vindicator of his own honor, and the avenger of his own wrong."
>
> "When an evil disposed person is forwarned that the effect of his wrongful act will in no wise injure the object of his malice, but will increase his neighbour's estate, and enhance his neighbour's property, at an expense to and loss of his own..., he will not only hesitate, but be deterred from doing a wrong injurious to himself alone, and beneficial to the sufferer."

Zu einem wesentlichen Teil bezwecken die amerikanischen Gerichte mit der Zuerkennung einer Geldsumme als exemplary damages, dem Kläger die Zahlung der angefallenen Prozeßkosten zu ermöglichen[112], denn das amerikanische Recht kennt - von einigen gesetzlich festgelegten Fällen abgesehen -, keine prozessuale Kostenerstattungspflicht. Dies bedeutet, daß selbst der obsiegende Kläger seine Kosten selbst trägt. Hierbei muß bedacht werden, daß in Amerika die Anwaltskosten sehr hoch sind und die Vereinbarung eines Erfolgshonorars in Höhe von 30 - 50 % der Urteilssumme durchaus üblich ist[113].

Die als Schadensersatz für einen immateriellen Schaden zugesprochenen Beträge erreichen in Amerika enorme Höhen. So wurden

---

111) Mayer v. Frobe (West Virginia 1895), 22. S.E. 58,60
112) Mc. Cormic, S. 236
113) Stoll, Gutachten, S. 113

einem Rundfunkmoderator, der öffentlich als "communist sympathizer" diffamiert worden war, 3,5 Millionen Dollar zugesprochen, hiervon 2,5 Millionen Dollar als exemplary damages. In einem anderen Prozeß erhielt ein Footballtrainer 3 Millionen Dollar zugesprochen, weil in der Saturday Evening Post behauptet worden war, er habe vor einem wichtigen Spiel mit dem Trainer der Gegenmannschaft den Ausgang des Spiels festgelegt[114].

Im neueren Schrifttum sind allerdings Stimmen laut geworden, die sich gegen eine solche Ausuferung der Entschädigung für ideelle Schäden wenden[115].

---

114) Beide Fälle zietiert nach Stoll, Gutachten, S. 112,113

115) siehe hierzu Stiefel, Vers.Wirtschaft 1959, Sonderbeilage zu Nr. 9, S. 1 ff

4. Kapitel

Materialien zum BGB

In den Materialien zum BGB findet sich keine Auseinandersetzung mit der dogmatischen Diskussion über die Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruches. Die Verfasser der Entwürfe nehmen zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung[1].

Allein bei der Frage der Vererblichkeit des Anspruches wird erwähnt, daß dies mit der schon im gemeinen Recht umstrittenen Frage zusammenhänge, ob es sich um eine Strafe oder einen Entschädigungsanspruch handele[2].

Da jedoch auch die Vertreter der Entschädigungstheorie sich gegen die Vererbbarkeit des Anspruchs ausgesprochen hatten[3], gehen die Motive auf dieses Problem nicht weiter ein und lassen die Frage nach der Rechtsnatur offen.

Auch die Protokolle der 2. Kommission enthalten keine wesentlichen Anhaltspunkte über die Vorstellungen hinsichtlich der Rechtsnatur des Schmerzensgeldes. Allerdings zeigt sich ein Indiz für die ablehnende Haltung des Gesetzgebers gegenüber der Satisfaktionsfunktion, wenn er die Erweiterung des Gesetzestatbestandes in § 728 des Entwurfs (= § 847 BGB) auf die Fälle der Ehrverletzung mit dem Hinweis auf den fehlenden Entschädigungscharakter einer solchen Bestimmung ablehnt. Hierzu heißt es wörtlich:

> "An die Verletzung der Ehre auch in den Fällen, in welchen durch die Ehrverletzung ein Vermögensschaden nicht entstanden ist, eine Schadensersatzpflicht in dem Sinne zu knüpfen, dass in solchen Fällen unter dem Scheine einer Schadensersatzleistung auf eine an den Beleidigten zu erkennende Geldstrafe erkannt werden soll, bedeutet die Rückkehr zum längst überwundenen Recht der Privatstrafklagen wegen Beleidigungen, der entschieden widersprochen werden müßte. Nach der all-

---

1) Motive II, 799 ff; Protokolle II, S. 637 ff
2) Motive II, S. 802
3) s.o. S. 58

gemeinen Volksansicht sei es nicht ehrenvoll, sich Beleidigungen durch Geld abkaufen zu lassen, und derjenige habe wenig Ehre zu verlieren, der die Verletzung derselben durch Geld zu reparieren suche".

Den Ausschlag zugunsten der Aufnahme des § 847 in das BGB gab die Tatsache, daß das StGB in § 231 eine Bestimmung über eine Buße bei Körperverletzung enthielt. Hieraus wurde geschlossen, es liege ein dringendes Bedürfnis vor, von dem Grundsatz, wegen eines anderen als eines Vermögensschadens könne keine Entschädigung gewährt werden, abzuweichen und ausnahmsweise eine vom Gericht nach den Umständen des Falles zu bestimmende Geldentschädigung zuzulassen. Da schon gem. § 231 StGB der Strafrichter befugt sei, dem Verletzten wegen eines Nichtvermögensschadens auf seinen Antrag hin eine Buße zuzuerkennen, so müsse es auch dem Zivilrichter gestattet sein, Schadensersatz für einen immateriellen Schaden zu gewähren. Nur so werde die erforderliche Harmonie in der Gesetzgebung gewonnen und zugleich einem fühlbar gewordenen Bedürfnis sowie den Anforderungen der Rechtsordnung Genüge getan[4].

Eine wesentliche praktische Bedeutung wird dem in § 847 BGB gewährten Anspruch für solche Fälle zugestanden, in denen die Beschädigung einen vermögensrechtlichen Nachteil zur Folge hat, ohne daß dieser mit der zu seiner Bemessung erforderlichen Deutlichkeit hervortritt. Hierfür werden als Beispiel die Fälle genannt, in denen eine Verunstaltung das bessere Fortkommen hindert, oder den Verletzten zwingt, von seiner bisherigen Lebensweise abzuweichen, oder neue Bedürfnisse erweckt. Da der Gesetzgeber nicht in der Lage sei, für jeden der verschiedenen Fälle Vorsorge zu treffen, sollten auch jene von dem Tatbestand des § 847 umfaßt sein.

---

4) Motive II, S. 800

Hier ist die Argumentation offensichtlich auf ein falsches Gleis geraten. Denn mit dem Problem des immateriellen Schadens hat dies nichts zu tun. In diesen Fällen handelt es sich nämlich offensichtlich um materielle Schäden und diese werden nicht dadurch zu ideellen Schäden, weil sie aufgrund fehlender tatsächlicher Anhaltspunkte nicht genau feststellbar sind[5)].

Dennoch gibt diese Auffassung zu erkennen, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des § 847 BGB diese Vorschrift als eine Art Auffangtatbestand des allgemeinen Schadensrechts angesehen hat. Der Gedanke, daß es Schäden gibt, die zwar zum Vermögensschaden im eigentlichen Sinne zählen, die aber dennoch nach den allgemeinen anerkannten Bewertungs- und Bemessungsrichtlinien für den Richter nicht unmittelbar zu konkretisieren sind, mag, wenn auch nur unterschwellig, bei der Fassung des § 847 BGB eine Rolle gespielt haben. Erstaunlich ist allerdings, daß diese Überlegung nicht Anlaß gab, die Ehrverletzung in den Tatbestand des § 847 aufzunehmen, denn es liegt auf der Hand, daß häufig gerade in diesen Fällen nicht nachweisbare und nicht bezifferbare Vermögensschädigungen im Spiel sind.
Offensichtlich ging man jedoch davon aus, daß man die Ehre nicht durch eine Geldleistung wieder erkaufen könne, sondern darauf beschränkt bleiben müsse, eine Ehrenerklärung, einen Widerruf oder eine Abbitte zu verlangen. Das Vermögen sah man wohl für diese Fälle durch § 824 BGB ausreichend geschützt.
Ein weiterer Grund für die stiefmütterliche Behandlung des Schmerzensgeldanspruches in der Diskussion der Kommissionen ist darin zu sehen, daß § 728 (= 847 BGB) lediglich als Ausnahme zu § 221 (= 253 BGB) Beachtung fand; man sah sich daher nur veranlaßt zu erörtern, in welchem Umfang man eine Entschädigung für Nichtvermögensschaden zulassen wolle. Die Rechts-

---

5) so auch Deutler, S. 85

natur des Anspruches spielte dabei keine Rolle.
Der in § 221 aufgestellte Grundsatz, daß wegen eines Nichtvermögensschadens nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen eine Entschädigung gewährt werden könne, wird damit begründet, daß durch die allgemeine Anerkennung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses dem Zivilrichter eine dem deutschen Recht fremde Souveränität gegenüber den Streitverhältnissen beigelegt werde, welche schon bei der Beratung der ZPO nach reiflicher Überlegung als bedenklich empfunden und daher verworfen worden sei. Insbesondere könnten für das Ermessen des Richters kaum Schranken aufgestellt werden und der Revisionsrichter wäre häufig nicht in der Lage, eine unpassende Ausübung der diskretionären Gewalt des Richters zu korrigieren[6].
Dem Vorschlag, den Ersatz des immateriellen Schadens durch die Einführung des § 728 auf einzelne Fälle zu beschränken, hat eine Vielzahl von Autoren widersprochen[7].
Menger[8] gibt zu bedenken, daß eine Beschränkung des Ersatzes für Nichtvermögensschäden insbesondere die sozial schwachen Bevölkerungskreise treffe; da sie ohnehin kein Vermögen besäßen, könne ihnen auch kein Vermögensschaden erwachsen; um so wichtiger seien für sie daher ihre Persönlichkeitsgüter, für die ein umfassender Schutz durch zivilrechtliche Entschädigungsansprüche gewährleistet sein müsse.
Seng[9] fordert, daß die Entschädigung für Nichtvermögensschäden zum Regelfall werden müsse, wesentlich sei nur, daß sich der Schaden durch Geld wiedergutmachen lasse und es sich nicht nur um die Verletzung reiner ideeller Interessen handele.

---

6) Motive II, S. 22, 23
7) siehe hierzu auch Hofstetter, S. 69, 70
8) S. 147 ff, S. 199 ff
9) S. 374

Schmidt[10] spricht sich dafür aus, den § 728 auch auf die Fälle der Ehrverletzung auszudehnen; er ist der Ansicht, der Entwurf entspreche nicht den Anforderungen einer modernen Rechtsordnung, für die ein ausgiebiger Schutz immaterieller Güter selbstverständlich sein müsse.

Auch Otto von Gierke[11] setzt sich für eine allgemeine Regelung des Ersatzes von immateriellen Schäden ein. Er meint, die Berücksichtigung des immateriellen Schadens bei der Ordnung der Schadensersatzpflicht werde um so unentbehrlicher, je mehr die Privatstrafe aus dem geltenden Recht verschwinde.

Das in den Motiven zum Ausdruck gekommene Mißtrauen gegen die Richter könne dem Bedürfnis nach materieller Gerechtigkeit keinesfalls vorgehen.

Der Strafrechtler v. Liszt[12] weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß ein weitgehender privatrechtlicher Schutz immaterieller Rechtsgüter auch vom kriminalpolitischen Standpunkt aus wünschenswert sei; dies könne eine Beschränkung der kurzfristigen Freiheitsstrafe und eine Beseitigung der Privatklage ermöglichen.

Der Blick in die Materialien zeigt insgesamt, daß der Gesetzgeber zur Rechtsnatur des Schmerzensgeldes nur andeutungsweise Stellung genommen hat. Obwohl man die historischen Vorbilder und die Diskussion um den Rechtscharakter des Schmerzensgeldes kannte, ging es bei den Beratungen nicht um die Natur des Anspruches, sondern fast ausschließlich darum, ob man überhaupt, und wenn ja, in welchem Umfang ein Schmerzensgeld gewähren solle.

---

10) Gutachten, S. 1197
11) S. 196 ff
12) S. 31 ff

5. Kapitel

Funktion des Schmerzensgeldes

Weder die historische Untersuchung noch die rechtsvergleichende Betrachtung sind, wie wir gesehen haben, geeignet, die Frage nach der Funktion des Schmerzensgeldes endgültig zu beantworten. Auch der Blick in die Gesetzesmaterialien hat wenig Klarheit gebracht. Dennoch haben bereits die vorangegangenen Untersuchungen die Problematik der Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruches deutlich gemacht. Straf- und Ersatzfunktion stehen sich gegenüber.

I) Die Entwicklung der Schmerzensgeldtheorien in Rechtsprechung und Lehre

A) Die Ausgleichstheorie[1]

Ein großer Teil der älteren Lehre[2] folgerte aus der Stellung des § 847 BGB im Recht der unerlaubten Handlung, daß das Schmerzensgeld ein echter Schadensersatzanspruch sei, der ausschließlich der Wiederherstellung des geschützten Rechtsgutes diene. Der Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens unterliege als echter Schadensersatzanspruch grundsätzlich allen Regeln, die für die Ausfüllung der Haftung bei Vermögensschäden gelten. Die Schwierigkeit, wegen der Besonderheit des Nichtvermögensschadens einen echten Ausgleich in Geld zu gewähren, wird mit dem auf Kohler[3] zurückgehenden Kompensationsgedanken überwunden, wonach der Verletzte Er-

---

1) Man spricht auch von Wiedergutmachungs- u. Kompensationstheorie
2) Kohler, S. 123; Cosack, S. 684; Müller, S. 98 Anm. 2
3) a.a.O.

satz seines immateriellen Schadens dadurch erhält, daß er finanziell in die Lage versetzt wird, sich zum Ausgleich für die erlittenen Schmerzen zusätzliche Annehmlichkeiten zu beschaffen. Hierbei geht Kohler davon aus, daß das Vermögen die Befriedigung persönlicher Interessen und Bestrebungen ermögliche und es für die Kompensation des Nichtvermögensschadens ausreiche, daß an die Stelle der unberührten Persönlichkeit, die als solche nicht wiederherzustellen sei, die "mit Vermögensgenuß und Vermögensverfügung versehene und dadurch in ihrem Genußkreis erweiterte Persönlichkeit" trete.

Das Reichsgericht hat lediglich in einigen Entscheidungen zu Einzelfragen der Bemessung des Schmerzensgeldes Stellung genommen[4]; die Frage nach dem Zweck des Schmerzensgeldes hat es jedoch nicht diskutiert, sondern hat lediglich hin und wieder ausgeführt, daß der Anspruch aus § 847 den Verletzten in die Lage bringen solle, sich für die gesamten Leiden, insbesondere die körperlichen und seelischen Schmerzen, die Sorgen, die Entstellung und die Unbequemlichkeiten, welche ihm durch die unerlaubte Handlung zugefügt wurden, zu entschädigen und dadurch, soweit dies überhaupt möglich sei, seinen immateriellen Schaden auszugleichen[5]. Zur Frage auf welche Weise ein solcher Ausgleich vollzogen werden kann, äußert sich das RG nicht. Von entscheidender Bedeutung für die Ausgleichstheorie ist der Aufsatz Peterßens[6] gewesen, der dem Schmerzensgeld ausschließlich Entschädigungscharakter zumißt und die Schmerzensgeldbemessung allein am Gesichtspunkt des Schadensausgleichs orientieren will. Er betont, daß auch der Anspruch auf Schmerzensgeld echten Schadensausgleich bezwecke und weder Straf- noch

---

4) siehe hierzu unten S. 178 ff
5) RG Seuff. Arch. Bd. 86, Nr. 113 (S. 206); RG, Warn.Rechtspr. 1934, Nr. 123, RG JW 33, 831; RG Warn.Rechtspr., 1932, Nr. 40
6) JW 1936, 2965 ff

Bußcharakter habe. Auch der immaterielle Schaden sei echter Schaden im Rechtssinne. Die Existenz eines jeden immateriellen Gutes sei dadurch bedingt, daß gewisse konkrete Güter vorhanden seien. Aus diesem Grunde könne eine Einwirkung auf ein immaterielles Recht stets nur mittelbar, d.h. durch die Schädigung eines bestimmten konkreten Gutes, das Träger des abstrakten Rechts ist, möglich sein. Daher könne auch Schadensersatz nur in der Form geleistet werden, daß auf die konkreten und meßbaren Güter, die die Existenzgrundlage des immateriellen Rechts bilden, eingewirkt werde[7]. Wenn auch feststehe, daß das ideelle Gut in seinem Sonderdasein nicht wiederhergestellt werden könne, so sei es doch möglich, durch die Wiederherstellung der Existenzgrundlage eines immateriellen Gutes eine Ersatzleistung für die Verletzung des immateriellen Gutes zu erbringen. Ebenso wie das abstrakte Rechtsgut nur mittelbar geschädigt werden könne, müsse auch die Verletzung des abstrakten Rechtsgutes mittelbar ausgeglichen werden. Dadurch, daß der Geschädigte eine Geldentschädigung erhalte, sei er in die Lage versetzt, Unlustgefühle durch entsprechende Lustgefühle auszugleichen, und könne so eine Kompensation seiner Beeinträchtigung erzielen[8].

Die zum Teil unklar formulierte Ansicht Peterßens wird von Walter[9] geteilt. Er gibt zwar zu, daß das Schmerzensgeld nie ein wirklicher Ersatz sein könne, dennoch sei der Schmerzensgeldanspruch - wie jeder Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens - ein echter Schadensersatzanspruch. Schmerzempfindung und Geldwert seien allerdings inkommensurable Größen und der immaterielle Schaden könne nicht in gleicher Weise exakt berechnet werden wie der materielle Schaden. Aus diesem Grunde habe aber auch der Gesetzgeber in § 847 den Begriff der Billigkeit aufge-

---

7) Peterßen a.a.O.
8) Offenbar meint Peterßen mit Rechtsgut zum Teil das Recht selbst, zum Teil nur dessen Substrat.
9) JW 1936,2773

nommen. Das Gesetz habe in § 847 an die Stelle des unerfüllbaren Anspruchs auf Wiedergutmachung des immateriellen Schadens einen maßvollen Geldanspruch gesetzt.

Auch Wussow[10] hat sich der Lehre von der Schadensersatznatur des Schmerzensgeldes angeschlossen. Er stützt seine Meinung darauf, daß der Schmerzensgeldanspruch eine typische Ausnahme im Sinne der in § 253 getroffenen Regelung sei. § 253 beziehe sich aber, wie man aus seiner Stellung im Schadensersatzrecht des BGB unschwer ersehen könne, auf Schadensersatzansprüche; wenn aber § 847 einer der in § 253 genannten Ausnahmefälle darstelle, so sei der Schmerzensgeldanspruch logischerweise auch ein Schadensersatzanspruch; er unterscheide sich von dem Anspruch auf Ersatz des materiellen Schadens lediglich dadurch, daß der Richter die Summe der Entschädigungsleistung nach seinem billigem Ermessen festsetzen könne.

Im Anschluß an die Ausführungen Peterßens sprach sich der BGH[11] in einem Urteil des 3. Senats aus dem Jahre 1952 für eine Qualifizierung der Schmerzensgeldentschädigung als echte Schadensersatzleistung aus; ein Strafcharakter der nach § 847 zu gewährenden Entschädigung wird ausdrücklich abgelehnt.

Der BGH stützt seine Ansicht zunächst auf den Wortlaut des § 847 BGB. Schon seine Fassung lasse erkennen, daß der Anspruch auf Schmerzensgeld ein Schadensersatzanspruch sei, er unterscheide sich von anderen Schadensersatzansprüchen nur insoweit, als der Schaden nicht am Vermögen oder an vermögenswerten Gütern eintrete. Darauf deute schon die Verwendung des Wortes "auch" in § 847 Abs. 1 Satz 1. Gegen die Charakterisierung als Schadensersatzanspruch spreche auch nicht die vom Gesetzgeber gewählte Bezeichnung als "Entschädigung", da der durch eine unerlaubte Handlung herbeigeführte nichtvermögensrechtliche Nachteil ebenso wie die sonstigen nachteiligen Folgen als Schaden bezeich-

---

10) DRZ 1950, 273
11) BGHZ 7,223 ff

net werde. Für die nichtvermögensrechtlichen Folgen einer unerlaubten Handlung sei dies in § 253 auch ausdrücklich geschehen. Darüberhinaus trete der Schadensersatzcharakter des Schmerzensgeldes auch durch die systematische Einordnung des § 847 BGB im Recht der unerlaubten Handlung des BGB deutlich hervor. Das Gesetz behandele immaterielle Schäden und Vermögensschäden, die Folge einer unerlaubten Handlung seien, gleich.
Da die Ersatzleistung durch Wiederherstellung in Natur bei nichtvermögensrechtlichen Schäden häufig nicht möglich sei, habe das Gesetz dem Bedürfnis nach Entschädigung dadurch Rechnung getragen, daß in den Fällen, in denen jemand an seinen nichtvermögensrechtlichen Belangen geschädigt werde, ein Ausgleich gewährt werde, der in einer Geldleistung bestehe, die den Charakter einer Schadensersatzleistung habe. Da infolge der Natur des verletzten Rechtsinteresses keine Möglichkeit bestehe dem Verletzten seinen immateriellen Schaden durch Geldleistung im eigentlichen Sinne zu ersetzen, d.h. den Zustand herzustellen, der ohne das schadensstiftende Ereignis bestehen würde, solle das Schmerzensgeld einen, wenn auch nur unvollkommenen Ausgleich für die erlittenen körperlichen und seelischen Leiden geben. Die Höhe des Geldanspruchs, der an die Stelle des Anspruchs auf Wiedergutmachung trete, könne nicht genau berechnet werden und müsse daher vom Richter geschätzt werden.
Diese Entscheidung des BGH fand in der Literatur ein lebhaftes Echo und die Ansicht, daß das Schmerzensgeld als Schadensersatzleistung zu qualifizieren sei, gewann zahlreiche Anhänger[12].

Dies führte zu dem Versuch, ähnlich wie beim Vermögensschaden die Höhe des Schmerzensgeldanspruches zu errechnen, indem man nach Ersatzmöglichkeiten für die infolge der Rechtsgutverletzung verlorengegangenen Lebensäußerungsmöglichkeiten suchte

---

12) Lehmann, JZ 1953,41; Weigelt, DAR 1953,14; Beier, MDR 1954, 591; Geigel, NJW 54,706; Geelhaar, NJW 1953,1281; ders. DAR 1954,1; Seydel, NJW 1954,1017

und dann die zur Beschaffung der Ersatzmöglichkeiten erforderlichen Kosten der Schmerzensgeldbemessung zugrunde legte[13].

Zwar sind auch Stimmen gegen dieses Urteil laut geworden[14], diese Autoren sprechen sich allerdings mit dem BGH für den Schadensersatzcharakter des Schmerzensgeldanspruches aus, sie vertreten aber im Gegensatz zum BGH die Ansicht, daß bei der Schmerzensgeldbemessung aus Gründen der Billigkeit die Vermögensverhältnisse der Beteiligten zu berücksichtigen seien[15].

B) Kritik der Ausgleichstheorie

Die Ausgleichstheorie sieht im Schmerzensgeld nicht einen abstrakten Wertmaßstab für das beeinträchtigte Nichtvermögensrecht, sondern ein Tauschmittel, das es dem Verletzten ermöglicht, kompensierende immaterielle Vorteile zu erwerben[16]. Sie versucht für die Fälle der immateriellen Schädigung, bei denen eine unmittelbare Beseitigung oder Verminderung der als lebenshemmend empfundenen Beeinträchtigung konkreter Lebensäußerungsmöglichkeiten grundsätzlich nicht möglich ist, kompensierende Annehmlichkeiten für den Verletzten zu finden, an Hand derer die Schmerzensgeldhöhe bestimmt werden soll. Dies bedeutet jedoch für den Verletzten nichts anderes als eine Art Naturalrestitution an Lebensqualität. Wird etwa einem durch einen Unfall Behinderten, der zum Erwerb und Unterhaltung eines Autos erforderliche Betrag zugesprochen[17], oder soll dem Erblindeten durch die Gewährung des Schmerzensgeldes das Erlernen der Blindenschrift und die Anschaffung einer Blindenbibliothek ermög-

---

13) so insbes. Geelhaar, a.a.O.; BGH NJW 53,1626
14) so Ehrenzweig, VersR. 1953,80; Böhmer RdK 195,146; ders., VersR. 54,101; Böttinger, VersR. 1953,197; Dickertmann, NJW 1954, 1747;
15) vgl. hierzu unten S. 189 ff
16) so auch die Kritik Köndgens, S. 80
17) RG, JW 1938,590, OLG Celle, VersR. 1975,1103

licht werden, so steht hierbei weniger die Ausgleichung der Lustbilanz des Geschädigten im Vordergrund als gerade die unmittelbare Beseitigung seiner subjektiven Lebenshemmung. Hier wird nicht Ersatz dafür geleistet, daß man dem Verletzten zur Wiederherstellung des gestörten Wohlbefindens einen anderen Lebensgenuß verschafft, indem man ihm eine Summe Geldes zuerkennt, es wird nicht das eingebüßte Maß an Lebensfreude durch ein anderes ersetzt und so ein Ausgleich durch Kompensation herbeigeführt, sondern es wird versucht, im Rahmen des Möglichen auf die vorhandene Beeinträchtigung unmittelbar einzuwirken, den entstandenen Schaden so weit wie möglich zu reparieren. Dieser Versuch, den Geschädigten in seiner konkreten Lebensäußerungsmöglichkeit wiederherzustellen, ist aber nichts anderes als eine, wenn auch nur unvollkommene Naturalrestitution[18] i.S.d. § 249 BGB. Hierunter fallen beispielsweise auch sämtliche in der Medizin unter dem Begriff der Rehabilitation zusammengefaßten Heilmaßnahmen wie Versehrtensport usw., sowie die weitestmögliche Anpassung der Umwelt an den durch die Verletzung bewirkten Zustand, wie beispielsweise der Umbau der Wohnung und Ermöglichung des Arbeitsplatzwechsels durch Umschulung[19]. Der Schädiger hat in diesen Fällen dem Verletzten die Kosten der hierfür erforderlichen Maßnahmen gem. § 249 S. 2 zu ersetzen.

Kann aber in den genannten Fällen eine mittelbare Beseitigung der konkreten Verletzungsfolge- wenn auch nur teilweise - im Wege der Naturalrestitution erfolgen, so geht der Anspruch des Verletzten insoweit in erster Linie auf Schadensreparation. Nur insoweit, als die Naturalrestitution nicht möglich ist, kann für einen Schmerzensgeldanspruch Raum sein, die Irrevisibilität des Schadens ist Voraussetzung für die Zahlung einer Entschä-

---

18) Köndgen, S. 80 bezeichnet sie als Naturalrestitution zweiten Grades, oder als Quasi-Naturalrestitution

19) vgl. zu diesem Problem umfassend Eickhoff, S. 60 ff

digung gem. § 847 BGB.

Dies übersieht Peterßen, wenn er meint, daß durch die Wiederherstellung der Existenzgrundlage eines immateriellen Gutes auch das ideelle Gut selbst wiederhergestellt werde und die Leistung, die zur Wiederherstellung der Existenzbedingungen des abstrakten Rechtsgutes diene, die Ausgleichsleistung für den immateriellen Schaden sei. Er verkennt dabei, daß - wie soeben gezeigt - eine Geldentschädigung gem. § 847 allein für solche Schäden in Betracht kommt, bei denen eine unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die konkreten Schadenserscheinungen (Symptome) nicht möglich ist.

Die durch das Schadensereignis beim Verletzten eingetretene, irreparable subjektive Lebenshemmung, die ein Manko an Lebensqualität beim Verletzten verursacht hat, kann durch die Zahlung einer Entschädigung nur mittelbar beeinflußt werden. Bezugsobjekt für eine solche Beeinflussung muß aber stets die Person des Verletzten sein, es kann nur versucht werden, sein Verhältnis zu seinem Leiden zu beeinflussen. Die angestrebte Reduzierung der durch die Verletzung des immateriellen Rechtsgutes eingetretenen Lebenshemmung ist ohne einen aktiven Beitrag des verletzten Rechtssubjektes, durch den Versuch, die Lebenshemmung selbst abzubauen, nicht denkbar[20].

Dies verkennt die Ausgleichstheorie, wenn sie unter Zugrundelegung des Kompensationsgedankens in einer Art Lustbilanz Unlustgefühle durch die bloße Möglichkeit, sich Lustgefühle zu verschaffen, ausgleichen und so ohne eine andere Mitwirkung des Verletzten als die Empfangnahme des Geldes eine Naturalrestitution in Lebensfreude schaffen will[21].

Das über die Naturalrestitution hinaus verbleibende Schmerzerlebnis als psychosomatisches Geschehen ist zu sehr von der Persönlichkeit des Geschädigten abhängig, als daß allein die Schaffung einer kompensatorischen Annehmlichkeit Ziel der

---

20) Eickhoff, S. 62
21) Seydel, NJW 54,1018

Schmerzensgeldgewährung sein könnte[22]).

Da die Ausgleichstheorie die Subjektsbezogenheit des immateriellen Schadens außer Acht läßt, bleibt auch ungeklärt, wie die verschiedenen Formen des immateriellen Schadens sich im einzelnen auf Leib und Seele des Verletzten auswirken. Gerade dies läßt sich aber nur an Hand der medizinischen und psychologischen Forschung über das Wesen des Schmerzes, der seelischen Auswirkung von Gesundheitsstörungen und anderen Persönlichkeitsbeeinträchtigungen beantworten[23]). Die subjektive Lebenshemmung des Verletzten soll nach der medizinischen und psychologischen Therapieerfahrung soweit wie möglich abgebaut werden und die hierbei gewonnenen Erkenntnisse müssen für den Zweck der Schmerzensgeldgewährung mit herangezogen werden. Dies jedoch versäumt die Ausgleichstheorie.

Der Aufgabe des Richters, für den erlittenen immateriellen Schaden einen angemessenen Geldbetrag festzusetzen, ist auch in der Praxis heute die schwierige medizinisch-psychiatrische Frage nach der Intensität der erlittenen Einbuße vorgelagert. Der im Prozeß gehörte sachverständige Gutachter wird aber stets nur darüber eine Auskunft geben können, welche Möglichkeiten bestehen, dem Verletzten beim Abbau seiner subjektiven Lebenshemmung zu helfen. Er wird kaum in der Lage sein, Lustgefühle zu nennen, deren Verschaffung die erlittenen Unlustgefühle des Klägers kompensieren und einen Anhaltspunkt für die Bezifferung des Schmerzensgeldes bilden können.

C) Die Genugtuungstheorie

Schon früh sind in der Literatur Stimmen laut geworden, die sich gegen den Charakter des Schmerzensgeldes als echten Schadensersatz ausgesprochen haben[24]). Ausgehend von der Erkenntnis,

---

22) Köndgen, S. 82
23) Remé, S. 40
24) vgl. hierzu oben, S. 55 ff

daß bei immateriellen Schäden ein wirklicher Ausgleich in Geld nicht möglich ist, wurde die Genugtuungstheorie entwickelt. Als Begründer einer eigenständigen Genugtuungstheorie des Schmerzensgeldes kann Jhering gelten[25]. Er vertrat als erster die Ansicht, daß die dem Kläger vom Richter zuerkannte Geldsumme nicht als Äquivalent im ökonomischen Sinne, sondern als Satisfaktion für sein verletztes Rechtsgefühl angesehen werden müssen. Ihm schloß sich alsbald Degenkolb[26] an; er betonte, daß es sich bei dem Schmerzensgeldanspruch um etwas anderes als Schadensersatz handele und die Hauptaufgabe der Entschädigungsleistung darin bestehe, das gestörte Gleichgewicht der verletzten Rechtssubjekte wieder herzustellen.

Fischer[27] charakterisierte das Schmerzensgeld als eine Geldleistung, die in ihrer Satisfaktion die Mitte zwischen Strafe und Schadensersatz halte.

Entscheidender Einfluß für die Bedeutung der Genugtuungstheorie kommt dem Beschluß des Großen Zivilsenats des BGH vom 6.7.1955[28] zu. In dieser Entscheidung brach der BGH mit der bisher herrschenden Ansicht, die der Geldentschädigung, die dem Verletzten gem. § 847 BGB zugesprochen wurde, Schadensersatzcharakter beimaß.

Nach Ansicht des Großen Senats ist der Anspruch auf Schmerzensgeld kein gewöhnlicher Schadensersatzanspruch, sondern ein Anspruch eigener Art mit doppelter Funktion; er soll dem Geschädigten einen angemessenen Ausgleich für diejenigen Schäden bieten, die nicht vermögensrechtlicher Art sind, und zugleich dem Gedanken Rechnung tragen, daß der Schädiger dem Geschädigten Genugtuung schuldet für das, was er ihm angetan hat. Zwar

---

25) Gäubahngutachten, S. 59
26) ACP 76, 1 ff
27) a.a.O., S. 268, Fußn. 19
28) BGH 18, 154 ff

stehe der Entschädigungs- oder Ausgleichsgedanke im Vordergrund, denn primär sei Zweck des Anspruchs der Ausgleich für die erlittene Beeinträchtigung; da jedoch das Gesetz ausdrücklich eine billige Entschädigung fordere, könne der Ausgleichszweck nicht allein maßgeblich für das Ausmaß der zu gewährenden Geldleistung sein, da er allein nicht gestatte, dieses Ausmaß auch nur einigermaßen sicher zu bestimmen. Wenn auch den Schadensersatzansprüchen aus unerlaubter Handlung und somit auch dem Entschädigungsanspruch wegen immaterieller Schäden kein unmittelbarer Strafcharakter innewohne, so schwinge in dem Ausgleichsgedanken "auch heute noch etwas von dem Charakter der Buße oder - um den präzisen Ausdruck des entsprechenden Schweizer Rechtsinstituts zu gebrauchen - der Genugtuung mit." Dies zeige auch ein Blick in die Rechtsgeschichte, der erkennen lasse, daß sich das Schmerzensgeld aus dem Strafrecht entwickelt habe. Insbesondere wirke die strafrechtliche Herkunft des Schmerzensgeldanspruches in den Partikularrechten der neueren Zeit fort, wie beispielsweise in §§ 118, 125 I 6 ALR und § 15 des Badischen Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen vom 6. März 1895.

Der Gesetzgeber habe zwar den Schmerzensgeldanspruch des § 847 formal als bürgerlich-rechtlichen Schadensersatzanspruch konstruiert, seinem Inhalt nach handele es sich aber nicht um einen typischen Ersatzanspruch. Die Wiederherstellungsfunktion des Schadensersatzanspruches sei auf den Ersatz von Vermögensschäden zugeschnitten und könne bei der Entschädigung von Nichtvermögensschäden nicht durch Naturalrestitution durchgeführt werden, insoweit sei keine wirkliche Wiedergutmachung möglich. Es solle zwar ein Ausgleich vorgenommen werden, das alleinige Abstellen auf den Ausgleichsgedanken sei aber unmöglich, da sich immaterielle Schäden nie und Ausgleichsmöglichkeiten nur beschränkt in Geld ausdrücken ließen. Der als Aus-

gleich für die Verletzung eines immateriellen Gutes zu gewährende Geldbetrag lasse sich nicht dadurch ermitteln, daß man die Schmerzen mit den Freuden saldiere, durch die der Verletzte die Erinnerung an die Schmerzen tilgen solle. Darüberhinaus sei häufig bei psychischen Störungen ein Ausgleich überhaupt nicht möglich, da der Verletzte subjektiv das Bewußtsein der Schädigung nicht besitze. Gerade für diese Gruppe gewinne die Genugtuungsfunktion aber ihre besondere Bedeutung und sei deshalb aus der Entschädigungsregelung für immaterielle Schäden nicht wegzudenken. Die Genugtuungsfunktion bringe eine gewisse, durch den Schadensfall hervorgerufene Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigten zum Ausdruck, die aus der Natur der Sache heraus bei der Bemessung der Entschädigungsleistung die Berücksichtigung aller Umstände des Falles wie Verschuldensgrad des Schädigers und Vermögensverhältnisse der Beteiligten gebiete[29)].

Diese Entscheidung, die mit der bisher in der Literatur und Rechtsprechung herrschenden Meinung von der Schadensersatznatur des Schmerzensgeldes brach, fand in der Literatur überraschenderweise fast einhellige Zustimmung[30)]. Dies erklärt sich damit, daß durch die Einführung der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes der Weg zu dem als wünschenswert erachteten Ziel freigemacht wurde, den Verschuldensgrad des Schädigers und die Vermögensverhältnisse der Beteiligten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen. So bildete die Theorie von der Doppelfunktion des Schmerzensgeldes die Grundlage für die Prüfung der Frage, welche Faktoren auf die Bemessung der billigen Entschädigung Einfluß haben sollten.

---

29) siehe hierzu eingehend unten S. 189 ff

30) Böhmer, JZ 1955, 675 unter Aufgabe seiner Ansicht in VersR. 1954, 105; Pohle, MDR 1956, Knöpfel, ACP 155, 135 ff; Geelhaar, DAR 1955, 261; Larenz, Schuldrecht II, S. 370 ff; Enneccerus-Lehmann, S. 1005; ablehnend, v. Beauvais, S. 176ff; Eickhoff, S. 83 ff

Wesentliche Bedeutung kommt dem Beschluß des Großen Zivilsenats auch für die Entwicklung der "Lehre vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht" zu; er hat die spätere Rechtsprechung zum Geldersatz bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts vorbereitet, die lange Zeit umstritten war, heute jedoch allgemein anerkannt ist und jüngstens auch vom Bundesverfassungsgericht[31] gebilligt wurde. Während allerdings der Große Senat noch den Vorrang des Ausgleichsgedankens betont hat, geht es bei der Entschädigung wegen Persönlichkeitsverletzung ausschließlich um Genugtuung[32].

Auch in der jüngsten Entscheidung[33], in der der BGH zur Funktion des Schmerzensgeldes ausdrücklich Stellung genommen hat, wurde der Ausgleichsgedanke völlig aufgegeben. In dem zu entscheidenden Fall waren bei dem Verletzten - Opfer eines Verkehrsunfalles - alle geistigen Fähigkeiten und die wesentlichen Sinnesempfindungen erloschen.

Da die Persönlichkeit des Klägers total zerstört sei - so der BGH -, müsse die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes ganz außer Betracht bleiben, denn es könne nicht schon als Ausgleich angesehen werden, wenn dem Verletzten lediglich ein Bankkonto verschafft werde; deshalb gewinne hier die Genugtuungsfunktion entscheidende Bedeutung. Zwar, so argumentiert der BGH, sei es fraglich, ob nicht die Leistung des Schädigers an den Verletzten dort, wo dieser weder die Verletzung noch die durch sie ausgelöste Entschädigungsleistung wahrzunehmen vermag, die herkömmliche Rechtsfigur der Genugtuung ebenso überschreite wie den Gesichtspunkt des Ausgleichs. Es könne aber auf jeden Fall in symbolhafter Weise die Beeinträchtigung der in der Rechtsordnung bedingungslos geschützten Person gesühnt werden. Nur so könne auch in den Fällen, in denen der Verletzte

---

31) BVerfG 34, 269
32) siehe unten S. 172 ff
33) BGH, JuS 1976, 1147

weder Schmerzen noch Genugtuung empfinde, die abstrakte Wahrung der persönlichen Würde erreicht werden, denn bei dem Schmerzensgeldanspruch schwinge, wenn er auch nicht in eine Privatstrafe ausarten solle, unter dem Aspekt der Genugtuung etwas vom Charakter der Buße mit.

In seinem Gutachten für den 45. deutschen Juristentag[34] schlägt Stoll vor, die Genugtuung als selbständige Sanktion aus dem Schadensersatzrecht auszugliedern; er lehnt die vom BGH vertretene Kombination von Ausgleichszweck und Genugtuungsfunktion ausdrücklich ab und fordert, daß der Richter bei der Wiedergutmachung ideeller Schäden eine etwaige Genugtuung, die zusätzlich zur Entschädigung zu leisten ist, gesondert festsetzen müsse. Die Genugtuung sei unrechtsbezogen und nicht schadensbezogen, sie setze überhaupt keinen Schaden voraus und könne auch im Falle einer nur versuchten unerlaubten Handlung in Betracht kommen, da sie vor allem im Dienst der Sühne stehe.

D) Kritik der Genugtuungstheorie

Eine Kritik der Genugtuungstheorie erfordert notwendigerweise eine Auseinandersetzung mit der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 6.7.1955; es sollen daher zunächst die vom BGH vorgebrachten Argumente und Thesen einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Wie bereits dargestellt, hat der Große Zivilsenat zur Begründung seiner Auffassung auch auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Schmerzensgeldes verwiesen und dargelegt, daß sich der Schmerzensgeldanspruch aus dem Strafrecht entwickelt habe und diese strafrechtliche Herkunft auch noch in verschiedenen Partikularrechten nachwirkten[35].

---

34) a.a.O. S. 155
35) BGHZ 18, 155

Dieser Beweisführung kann jedoch nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, daß das Schmerzensgeld in seinem Ursprung von poenalen Gesichtspunkten getragen wurde. Als sich jedoch im Zuge der Rechtsentwicklung das staatliche Strafmonopol herausbildete und so eine klare Trennung von Straf- und Zivilrecht möglich wurde, trat die Straffunktion des Schmerzensgeldes immer mehr in den Hintergrund und verschwand schließlich völlig, so daß letztlich nur noch der Entschädigungscharakter des Schmerzensgeldes übrig blieb.
Die Entwicklung des Schmerzensgeldes ist also von der poenalen Funktion zum Entschädigungscharakter hin erfolgt, so daß die Rechtsgeschichte die vom BGH vertretene Ansicht nicht stützen kann.
Darüber hinaus ist es auch nicht zulässig, die strafrechtliche Herkunft des Schmerzensgeldanspruchs aus einzelnen Partikularrechten herzuleiten. Es ist insbesondere irreführend, wenn der BGH ausführt, daß, wenn überhaupt ein Geldleistungsanspruch bei Verletzung immaterieller Güter gewährt worden sei, stets besondere Umstände, wie die Art des Verschuldens und die Vermögensverhältnisse des Schädigers, für die Bemessung des Schmerzensgeldes maßgeblich gewesen seien. Eine Prüfung der vom BGH zum Beweis dieser Behauptung angeführten Vorschriften aus den Partikularrechten ergibt, daß sich der Nachweis für diese Thesen nicht erbringen läßt. So enthalten die §§ 118 und 125 I 6 ALR keine mit § 847 vergleichbare Regelung. In § 118 ist der Ersatz für Kur- und Heilkosten geregelt; diese Vorschrift gewährt also nichts anderes als Naturalrestitution in Geld, wie § 249 S. 2 BGB, und nicht eine Geldentschädigung für erlittene immaterielle Schäden. In § 125 geht es um den Ausstattungsanspruch, der einer durch eine Körperverletzung verunstalteten Frau für die Minderung ihrer Heiratschancen gewährt wird. Auch dieser Ausstattungsanspruch

hat nicht die Aufgabe, einen immateriellen Schaden wiedergutzumachen, sondern bezweckt die Beseitigung materieller Schäden der verunstalteten Frau, da mit der Beeinträchtigung ihrer Heiratschancen auch eine Gefährdung ihrer Versorgung verbunden war. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 124 ALR, der bestimmt, daß die Frau bis zu einer standesgemäßen Heirat aus den Einkünften, die sie aus der Ausstattung erzielt, ihren Unterhalt finden müsse.

Ebenso geht der Hinweis auf § 15 des badischen Gesetzes über die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen vom 6.3.1845 fehl. Auch hier wird keineswegs davon gesprochen, daß besonders und nur bei der Bemessung des immateriellen Schadens der Verschuldensgrad und die Vermögensverhältnisse des Schädigers zu berücksichtigen seien. Dies wird vielmehr allgemein als Kriterium für die Bemessung jeglicher Schadensersatzansprüche gefordert und steht damit im Gegensatz zum BGB, das den Umfang des zu ersetzenden Schadens gerade von diesen Umständen unabhängig geregelt hat.

Die vom BGH zur Stützung der Genugtuungslehre aufgeführten rechtsgeschichtlichen Argumente halten einer kritischen Untersuchung nicht stand. Hinzu kommt, daß auch die Materialien zum BGB keinerlei Hinweise darauf enthalten, daß der Gesetzgeber dem Schmerzensgeldanspruch einen Straf- oder Bußcharakter zusprechen wollte.

Der BGH und die Vertreter der Genugtuungstheorie haben bis heute noch nicht eindeutig dargelegt, was unter dem schillernden Begriff Genugtuung zu verstehen ist. Einerseits soll er sich als eigene Komponente des Schmerzensgeldes von der Kompensationsfunktion abheben, andererseits soll er keinen unmittelbaren Strafcharakter haben. Die Genugtuung soll nämlich der Besänftigung des verletzten Rechtsgefühls dienen

und die Genugtuungsleistung ausschließlich dem Verletzten zugute kommen. Die Genugtuung soll eine gewisse, durch den Schadensfall hervorgehobene Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigten zum Ausdruck bringen und auch allein die Beziehung zwischen den Parteien betreffen. Im Einzelfall sei es dabei sogar möglich, daß wegen der Privatheit dieser Beziehung das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten gemindert werde, wenn er mit dem Schädiger verwandt sei[36].

Auf welche Weise die durch Verschaffung von Genugtuung bezweckte Besänftigung des Rechtsgefühls erfolgen soll, wird ebenfalls nicht deutlich gemacht, sondern lediglich hin und wieder blumenreich umschrieben. So meint Krüger-Nieland[37], ein ungestilltes Genugtuungsbedürfnis beim Verletzten könne eine Verbitterung und eine Vergiftung der Seele bewirken. Großfeld[38] führt aus, daß durch die Genugtuung ein Ausgleich auf einer höheren Ebene als der des materiellen Lebensgenusses vollzogen werde. Die Besänftigung des Rechtsgefühls erfolge in der Weise, daß durch die Zahlung der Geldsumme die Person des Verletzten anerkannt werde. Der Geschädigte kompensiere die Mißachtung seiner verletzten persönlichen Rechtsgüter durch die Hochachtung, die das Gericht ihm gegenüber zum Ausdruck bringe, indem es ihm einen materiellen Wert zuspreche. Hierin liege eine Anerkennung seiner Persönlichkeit, die dem Verletzten zum Trost und so zum Ausgleich werde.

Knöpfel[39] spricht davon, daß durch die Zahlung eines Schmerzensgeldes eine symbolische Versöhnung unter den Parteien stattfinde, durch die das Rechtsgefühl des Verletzten besänftigt werde.

---

36) BGHZ 61, 101
37) Referat, S. 639
38) a.a.O. S. 102
39) ACP 155, 154

Diese Methaphern sind wenig geeignet, dem Rechtsanwendenden deutlich zu machen, welche Wirkung die Genugtuung beim Verletzten nun wirklich erzielen soll, denn sie enthalten lediglich eine in weitschweifige Formulierungen gekleidete Umschreibung dessen, was sich die genannten Autoren unter der Besänftigung des gekränkten Rechtsgefühls vorstellen. Da es sich hierbei aber um einen Sachverhalt handelt, der allein juristischer Betrachtung nicht zugänglich ist, sondern nur unter Zuhilfenahme psychologischer Erkenntnisse aufgehellt werden kann, soll im folgenden versucht werden, an Hand anerkannter psychologischer Erkenntnisse eine Aussage über die Situation des Menschen, der durch eine unerlaubte Handlung an seinen immateriellen Gütern verletzt wurde, zu machen.

1) Exkurs: Die Entstehung und der Abbau von Aggressionen

Soll das Opfer einer unerlaubten Handlung eine Genugtuung erfahren, so bedeutet dies, daß ihm ein seelisches Erlebnis verschafft werden soll, aufgrund dessen der Verletzte Befriedigung erfährt und auf diese Weise möglicherweise hervorgerufene Aggressionen abbauen oder hemmen kann. Es muß also untersucht werden, ob durch die Zufügung von Schmerz im weitesten Sinne Aggressionen gegen den Schädiger ausgelöst werden, und ob diese Aggressionen durch die Zahlung einer Geldsumme beeinflußt werden können.

Aggression wird von den Psychologen als eine Verhaltensweise definiert, durch die die direkte oder indirekte Schädigung eines Individuums, meist eines Artgenossen, intendiert wird[40]; sie wird als Handlung bezeichnet, deren Zielsetzung darin besteht, einem Organismus oder Organismussurrogat Schaden zuzufügen[41].

---

40) Merz, S. 571
41) Dollard, S. 11, zitiert nach Niemeyer, S. 119

Umstritten ist in der psychologischen Literatur die Frage nach den Ursachen der Aggressionen; hier stehen sich insbesondere zwei Hypothesen gegenüber. Während die auf die Psychoanalyse Freuds zurückgehende Triebtheorie davon ausgeht, daß der Mensch aufgrund eines angeborenen Aggressionstriebes notwendigerweise aggressiv ist, geht die Indikationshypothese davon aus, daß aggressive Verhaltensweisen genau wie andere Verhaltensweisen im Wege sozialen Lernens durch Nachahmung erworben werden. Eine Zwischenstellung nimmt die sog. Frustrations-Aggressions-Theorie ein.

a) Aggression als Triebfolge

Die von Freud[42] kurz nach dem ersten Weltkrieg entwickelte Triebtheorie gründet sich auf die These, daß dem Menschen eine angeborene Neigung zum Bösen, zur Aggression innewohne, die auf dem - gleichwertig neben der Libido stehenden - Todestrieb beruhe. Die Phänomene des Lebens seien aus dem Zusammen- und Gegeneinanderwirken dieser beiden Triebe zu erklären. Die Energie des Todestriebes sei prinzipiell gegen das eigene Ich gerichtet, zur Vermeidung der direkten Triebbefriedigung durch Selbstvernichtung werde der Todestrieb als Aggression und Destruktion nach außen gewendet und wandele sich zu Haß. Die im menschlichen Organismus sich ansammelnde Triebenergie könne dadurch abgebaut werden, daß sie sich auf äußere Feinde entlade (sog. Katharsis).
Der Verhaltensforscher Lorenz[43] stimmt mit Freud darin überein, daß Aggressionen triebbedingte Reaktionen sind. Er bezeichnet sie als angeborenen Trieb oder Instinkt, der gegen die Artgenossen gerichtet sei und Kraft seiner Selektions-

42) S. 479
43) S. 372 ff

funktion der Arterhaltung diene. Dieser Instinkt sei bei allen Wirbeltieren nachweisbar und werde üblicherweise durch bestimmte angeborene Signalreize ausgelöst. Es sei grundsätzlich nicht möglich, aggressives Verhalten generell zu verhindern, es könne nur versucht werden, diese Aggressionen auf eine für die Gesellschaft möglichst unschädliche Weise abzubauen; dies könne beispielsweise durch die Teilnahme an Sportwettkämpfen und ähnlichem erreicht werden.
Das von Freud und Lorenz gewonnene Ergebnis, die Katharsishypothese, ist in der Aggressionsforschung auf starke Kritik gestoßen. Es konnte nachgewiesen werden, daß es möglich ist, einen Abbau von Aggressionen herbeizuführen, ohne daß ein Abreagieren notwendig war[44]; andere Experimente ergaben, daß auch nach einer Spannungsreduktion durch Aggressionsabbau weitere aggressive Verhaltensweisen möglich waren; darüber hinaus stellte man fest, daß ein erfolgter Spannungsabbau nicht notwendigerweise die Folge einer aggressiven Handlung gewesen sein muß sondern auch andere Ursachen gehabt haben kann[45].
Den Forschungsergebnissen von Lorenz, die an Hand von Experimenten mit Gänsen und Fischen gewonnen wurden, hält man entgegen, daß sie sich nicht ohne weiteres auf die Humanpsychologie übertragen ließen; Analogieschlüsse seien hier nicht ohne weiteres möglich[46].

b) Aggression als Folge von Frustration

Entscheidende Bedeutung in der Aggressionsforschung gewann die von Dollard entwickelte Frustrations-Aggressions-Hypothese. Sie wurde auf dem Grundgedanken entwickelt, daß Aggression immer die Folge von Frustration sei, Frustration immer

---

44) Mees/Schuh, a.a.O., S. 59 ff
45) Kaufmann, S. 359, zitiert nach Niemeyer, S. 123
46) Lischke, S. 35 ff; Schmidt-Mummendey, S. 11 ff

eine Form von Aggression zur Folge habe. Als Aggression wird hierbei jede Verhaltenssequenz verstanden, deren Ziel die Verletzung der Person ist, auf welche sich das Verhalten richtet; Frustration ist die Unterbrechung oder Störung des Ablaufs einer zielgerichteten Verhaltensweise. Die Frustrations-Aggressionstheorie ist deshalb auf Kritik gestoßen, weil sie die Frage nach den inneren Bedingungen von Aggressionen unbeantwortet läßt und keine Auskunft darüber gibt, ob die Folge Frustration-Aggression dem Menschen angeboren oder eine Folge eines Lern- oder sozialen Prozesses ist[47)].

Darüber hinaus wird auch eingewandt, daß ein Frustration nicht notwendigerweise Aggressionen zur Folge haben müsse, sondern auch andere psychische Reaktionen nach sich ziehen könne, wie beispielsweise Regression, Degression, Passivität, Wut oder Ärger[48)]. Aus diesem Grunde wird vorgeschlagen, die Frustrations-Aggressionsthese zu relativieren, indem man einräumt, daß die Frustration Anreize zu einer Anzahl verschiedener Reaktionstypen produziere, von denen einer ein Anreiz zu einer Form von Aggression ist[49)]. Ob der Betroffene im Einzelfall zu aggressivem Verhalten gelange, hänge stets von den Umständen des Falles und der Persönlichkeit des Einzelnen ab; auch dann, wenn sich das Individuum für eine Aggression entscheide, brauche dies nicht zur Ausführung zu gelangen, denn es könne durch Hemmungen davon abgehalten werden, wie beispielsweise durch Angst vor Strafe oder Schuldgefühle[50)]. Andererseits jedoch, so betonen die Vertreter der Frustrations-Aggressions-Theorie, sei zu beachten, daß jede Verhinderung einer aggressiven Handlung ihrerseits eine

---

47) siehe hierzu auch Köndgen, S. 89; Lischke, S. 62
48) Niemeyer, S. 124
49) Miller, S. 30, zitiert nach Köndgen, S. 88
50) Kaufmann, S. 351 ff, zitiert nach Niemeyer, S. 127

Frustration darstelle, die den Anreiz zu weiteren Aggressionen erhöhe; der Anreiz zu einem aggressiven Verhalten könne durch den aggressiven Akt selbst, der sich nicht gegen den Urheber oder die Ursache der Frustration zu richten brauche, sondern sich auch gegen Dritte richten könne, abgebaut werden. Es sei aber auch möglich, durch bestimmte Maßnahmen Gegenreize zu erzeugen, die bewirken, daß bei dem frustrierten Menschen keine aggressiven Absichten geweckt oder daß schon entstandene Aggressionen reduziert werden; hierfür komme auch eine Zuwendung an das Opfer in Betracht[51]; diese Zuwendung könne auch in Form einer Geldzahlung geleistet werden und stelle dann eine Belohnung für nicht aggressives Verhalten dar.

c) Aggression als gelernte Verhaltensweise

Eine neuere Strömung in der Aggressions- und Verhaltensforschung[52] hat versucht, unter Zugrundelegung der von der Frustrations-Aggressionstheorie entwickelten Grundsätze, die Gründe für die unterschiedliche Reaktion des Individuums auf Frustration zu ergründen. Hierbei hat man herausgefunden, daß sich Aggressionen wie jede andere Verhaltensweise unter dem Einfluß von Erfahrungen ändern; aggressives Verhalten sei daher wie jede andere Verhaltensweise erlernbar und dies geschehe auf dem Wege sozialen Lernens durch Nachahmung. Durch die Beobachtung der aggressiven Reaktionen anderer könnten die aggressiven Verhaltensweisen in das Verhaltensrepertoire eingehen. Wenn sie schon vorhanden waren, so könnten die Hemmungen, sie freizugeben, geschwächt werden.

Im Gegensatz zum Katharsiskonzept, das eine Abreaktion der

---

51) so Niemeyer, S. 129
52) Bandura and Walters, S. 110, zitiert nach Köndgen, S. 89

Aggression fordert, sagt die Lernpsychologie voraus, daß das Abreagieren die allgemeine Abbautendenz zu der Aggression nicht nur reduziert, sondern sogar eine Aggressionsförderung bewirken könne, da die durch aggressives Verhalten gewonnenen Erfolgserlebnisse als Belohnung für die Aggression wirken.

Die Darstellung der von den verschiedenen Aggressionstheorien aufgestellten Hypothesen zeigt, daß auch die dort angestellten Untersuchungen nicht zu absolut sicheren Ergebnissen geführt haben und so wichtige Fragen, wie die nach dem Ursprung der Aggression und den Möglichkeiten, einen Aggressionsabbau zu erzielen, überaus kontrovers behandelt werden.

2) Bedeutung der Aggressionshypothesen für die Genugtuungstheorie

Die Untersuchung des Problems, ob die von der Psychologie entwickelten Aggressionstheorien geeignet sind, die Genugtuungslehre zu stützen, muß sich mit zwei Fragen auseinandersetzen. Zuerst ist zu prüfen, ob Schmerz im weitesten Sinne überhaupt geeignet ist, Aggressionen beim Verletzten hervorzurufen. Ferner muß untersucht werden, ob die Zahlung einer Geldsumme an das Opfer dazu beitragen kann, die entstandenen Aggressionen abzubauen.

Die Tatsache, daß die Zufügung von Schmerz beim Opfer Frustrationen und infolgedessen Aggressionen auslösen kann, ist heute in der Aggressions- und Verhaltensforschung anerkannt. Einige Autoren bezeichnen Aggressionen nach Schmerzeinwirkung geradezu als Grundverhaltensmuster, aus dem sich jedes andere soziale Kampfverhalten entwickelt habe[53].

---

53) Scott, S. 714, hierzu auch Köndgen, S. 91

Aggressionen infolge erlittener Schmerzen seien stets reaktiv[54]!

Ob nun aber die als Reaktion auf die Zufügung von Schmerzen entstandenen Aggressionen durch eine Geldleistung an den Verletzten gehemmt oder abgebaut werden können, erscheint zweifelhaft. Dies ist überhaupt nur denkbar, wenn man nicht der Triebtheorie folgt, denn diese geht ja, wie wir gesehen haben, von der Unvermeidlichkeit aggressiver Verhaltensweisen aus; danach können aber Aggressionen weder vermindert noch beseitigt, sondern lediglich in einer möglichst von der Gesellschaft gebilligten Art und Weise ausgelebt werden. Die Frustrations-Aggressions-Theorie kommt hingegen zum Ergebnis, daß es möglich ist, das Aggressionsverhalten durch Belohnung in Form einer Geldzahlung zu beeinflussen; hieraus könnte sich ein theoretischer Ansatzpunkt für die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes ergeben.

Gegen eine solche Steuerung aggressiver Verhaltensweisen durch finanzielle Zuwendungen bestehen jedoch erhebliche Bedenken. Zunächst muß darauf hingewiesen werden, daß die Aggressionen unmittelbar (gleichzeitig) mit der Schmerzempfindung entstehen, sich aber im Laufe der Zeit von selbst abbauen oder aber steigern können. Welches soll nun der geeignete Zeitpunkt sein, die aggressionshemmende Geldzahlung zu bemessen? Was ist dann, wenn das Opfer keine offensichtlich aggressiven Verhaltensweisen an den Tag legt oder durch die Schwere der zugefügten Verletzung gar nicht in der Lage ist, Aggressionen zu bilden? Will man aber die Genugtuungs-

---

54) Hierbei darf man aber auf keinen Fall aus den Augen verlieren, daß die Entstehung von Aggressionen nur eine von mehreren Möglichkeiten ist, auf Schmerzen zu reagieren;

leistung des Schmerzensgeldes darin sehen, daß der Verletzte für nicht aggressives Verhalten belohnt wird, so bedeutet dies doch zugleich, daß auch stets nur dasjenige Opfer, das infolge der Schmerzzufügung auch wirklich Aggressionen entwickelt, diese Belohnung bekommen darf, derjenige, der eine andere psychische Reaktion zeigt und keine Aggression aufbaut, im Hinblick auf die Genugtuung aber leer ausgehen muß. Dies wiederum würde dazu führen, daß derjenige, der im Hinblick auf die Genugtuungsfunktion ein Schmerzensgeld bekommen soll, zunächst einmal Aggressionen entwikkelt haben muß, deren Abbau dann Ziel der "Entschädigungszahlung" sein könnte. Auf diese Weise würde aber eine Aggressionsförderung hervorgerufen, die im Hinblick auf das dem Recht allgemein obliegende Ziel, der Sicherung des Rechtsfriedens zu dienen, nicht beabsichtigt sein kann. Hinzu kommt noch, daß, legt man der Genugtuungsleistung das Ziel zugrunde, Aggressionen durch Belohnung abzubauen, der sich in der Regel abspielende tatsächliche Geschehensablauf umgekehrt würde. Es ist in der Praxis nun einmal nicht so, daß der Schädiger freiwillig, um den Aggressionen des Opfers zuvorzukommen, eine Geldleistung anbietet, sondern der Verletzte fordert sein Schmerzensgeld und dies auch oft genug unter Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe. Hierbei darf auch nicht übersehen werden, daß es dem Geschädigten häufig nicht allein auf seine Bereicherung, die er durch die Geldzahlung erfährt, sondern oft auf die Vermögensschmälerung des Schädigers ankommen mag. Gerade die beim Verletzer eintretende Vermögensminderung ist ein wesentliches Motiv für die Geltendmachung der Entschädigungsforderung und dient so dem Aggressionsabbau durch Abreaktion. Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet erweist sich das Schmerzensgeld nicht als

Belohnung des Opfers für den Verzicht auf aggressives Verhalten, sondern die Geltendmachung der Schmerzensgeldforderung ist die durch die Schmerzzufügung verursachte aggressive Reaktion selbst[55]. Diese aggressive Reaktion wird ihrerseits durch den Zuspruch einer Geldleistung honoriert und gibt dem Verletzten darüber hinaus ein lernpsychologisches Beispiel dafür, daß sich nur eigenes aggressives Verhalten für ihn lohnt und ihm finanziellen Nutzen bringt. Die aggressive Reaktion des Geschädigten, die darauf gerichtet ist, dem Schädiger ein finanzielles Opfer aufzuerlegen, erhöht aber auch andererseits die Aggressionsbereitschaft des Schädigers nicht unerheblich - da er ja zur Zahlung gezwungen wird - so daß von einem Aggressionsabbau an sich kaum mehr die Rede sein kann.

Dies übersehen die Anhänger der Genugtuungstheorie, die davon ausgehen, daß das Schmerzensgeld nicht dem Verletzer zuleide, sondern dem Verletzten zuliebe gezahlt werde[56]; sie richten ihr Augenmerk allein auf den Geschädigten und lassen dabei gänzlich unbeachtet, daß der Vermögensvermehrung, die diesem gewährt wird, eine finanzielle Einbuße des Schädigers gegenübersteht, und daß dem Motiv, einen ökonomischen Vorteil zu erringen, häufig die Absicht, den Schädiger durch eine ihm auferlegte Geldzahlung für das begangene Unrecht büßen zu lassen, kaum nachstehen wird.

Die Vertreter der Genugtuungstheorie machen auf diese Weise die Befriedigung des subjektiven Rechtsgefühls zum unmittelbaren Inhalt des Schmerzensgeldanspruches und verleihen dem Vergeltungsbedürnis des Verletzten Anerkennung, indem sie seine aggressive Reaktion gegen den Schädiger als Voraussetzung des Genugtuungsanspruchs legitimieren[57]; auf diese Weise wird

---

55) Köndgen, S. 93, ähnlich Brusiin, S. 25 ff; Böttticher, Referat S. C 19

56) Krüger-Nieland, a.a.O., C. 39; Großfeld, S. 101 ; Knöpfel, a.a.O., S. 150; Stoll, Gutachten, S. 152

57) Köndgen, S. 94

die Rechtsordnung dem subjektiven Rechtsgefühl des Verletzten unterworfen, wohingegen sie doch dieses Rechtsgefühl gerade neutralisieren soll[58].

Nach alldem steht fest, daß aus psychologischer Sicht das Schmerzensgeld als Genugtuungsleistung nicht dazu geeignet ist, den Rechtsunmut und die Kränkung des Geschädigten zu beseitigen und eine psychologische Versöhnung zwischen den Parteien herbeizuführen, sondern ganz im Gegenteil mit der Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruches ganz erhebliche Aggressionen freigesetzt werden können.

3) Genugtuung als Ausgleich im weitesten Sinne

Während sich Stoll[59] in seinem Gutachten zum 45. Deutschen Juristentag dafür ausgesprochen hat, die Genugtuung als selbständige Sanktion aus dem Schadensersatzrecht zu emanzipieren, vertreten die übrigen Anhänger der Genugtuungslehre, gestützt auf die Entscheidung des Großen Zivilsenats, die Ansicht, unter der Genugtuungsfunktion sei nur eine von mehreren Wirkungsweisen der gleichen Sanktion - des Schmerzensgeldanspruches - zu verstehen. Der Gesetzgeber habe dem Schmerzensgeldanspruch sowohl Ausgleichs- als auch Genugtuungszweck zugewiesen und je nach Art des Falles könne die eine oder andere Funktion in den Vordergrund treten und die Bemessung der Entschädigungsleistung beeinflussen. Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion seien nicht in der Weise voneinander trennbar, daß ein Ausgleichsbetrag und ein Genugtuungsbetrag gesondert festgesetzt werden könnten, es handele sich vielmehr um einen einheitlichen Anspruch, der einer zif-

58) Eickhoff, S. 88
59) Gutachten, S. 152

fernmäßigen Aufteilung nicht zugänglich sei[60]. Das Schmerzensgeld stelle eine in sich einheitliche Entschädigung dar, die nicht allein in dem Schaden ihre Begründung finde, sondern für deren Höhe der angerichtete Schaden nur einen von vielen Faktoren bilde.

Auf diese Weise werden von der Genugtuungstheorie Ausgleichs- und Genugtuungsfunktion vermischt. Es wird zwar bei der Bemessung des Schmerzensgeldes primär auf den durch die Verletzung verursachten Erfolg abgestellt, daneben können aber alle Umstände, wie beispielsweise das Verschulden und die Vermögensverhältnisse der Beteiligten, berücksichtigt werden, die dem einzelnen Schadensfall sein besonderes Gepräge geben.

Durch die These von der Untrennbarkeit der Funktionen wird versucht, den Genugtuungsgedanken mit dem Ausgleichsprinzip zu vereinigen, indem die Ursache des Genugtuungsbedürfnisses, das gekränkte Rechtsgefühl, als psychische Einbuße, zum Schaden gerechnet wird[61]. Da jedoch nicht differenziert werden kann, inwieweit der erlittene Seelenschmerz nun das Resultat des objektiven Verletzungserfolges darstellt oder ob es sich lediglich um die Verbitterung des Geschädigten über das ihm schuldhaft angetane Unrecht handelt, widerspricht dies fundamentalen Grundsätzen des Schadensrechts, das jedenfalls dem Täter keinen Vorwurf wegen seines Verhaltens machen und diesen dann bei der Feststellung der Schadenshöhe berücksichtigen will. Einen Geldausgleich will unser Zivilrecht nur für die Verletzung solcher Nichtvermögensinteressen gewähren, die eine gesellschaftliche Wertschätzung genießen. Wie dargelegt, stellt jedoch das gekränkte Rechtsgefühl, welches die Anhänger der Genugtuungslehre besänftigen wollen, nichts anderes dar als

---

60) BGH VersR. 1961,164
61) Köndgen, S. 100

eine psychische Reaktion des Verletzten, die sich in Form einer Aggression äußert. Zwar ist zuzugeben, daß solche aggressiven Reaktionen wie Wut und Ärger das Wohlbefinden des einzelnen erheblich beeinträchtigen können, allerdings finden gerade diese Reaktionen nicht die Billigkeit der Gesellschaft. Es wird ganz im Gegenteil von dem Rechtsgenossen gefordert, solche Emotionen zu beherrschen[62].

Es geht daher nicht an, dem Geschädigten als Ausgleich für seine aggressive Reaktion eine Entschädigung zu gewähren, die sich als positive Bekräftigung des aggressiven Verhaltens darstellen würde[63].

Die Bedenken gegen die Tauglichkeit der Genugtuung als Element des Schmerzensgeldanspruchs werden nicht dadurch vermindert, daß man versucht, die Genugtuungsfunktion in das Ausgleichsprinzip zu integrieren. Auch die Kombination von Ausgleich und Genugtuung ist kein taugliches Mittel, den in unserem deutschen Zivilrecht systemfremden Begriff der Genugtuung zu rechtfertigen. Die Einführung der Genugtuung unter dem Gesichtspunkt des Schadensausgleichs bedeutet eine Perversion des Schadensersatzrechts, das nur dem objektiven Ausgleich von Vermögens- oder Nichtvermögensinteressen dient, nicht aber die psychische Reaktion des Geschädigten zum Anlaß für die Gewährung einer Entschädigung nehmen soll.[64]

4) Genugtuung und Strafe

Die Vertreter der Genugtuungstheorie sehen die Problematik der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes allein aus zivilrechtlicher Sicht.

---

62) Köndgen, S. 93
63) vgl. o. S. 143
64) so auch Eickhoff, S. 83 ff

Die Genugtuung wird als geeignetes Mittel angesehen, das Rechtsgefühl des Verletzten zu besänftigen. Die Genugtuungsleistung kommt ausschließlich dem Verletzten zugute und betrifft auch allein die Beziehung zwischen ihm und dem Schädiger. Da nicht Vergeltung für eine Verletzung der objektiven Rechtsordnung, sondern Entschädigung wegen eines Eingriffs in die subjektive Privatsphäre des Verletzten geleistet wird, ist Zweck der Genugtuungsleistung zivilrechtliche Schadloshaltung und nicht eine Strafe für den Schädiger. Ganz anders als bei der öffentlichen Strafe, "die neue Wunden schlägt"[65], soll nicht dem Schädiger ein Übel zugefügt werden, sondern lediglich dem Geschädigten eine Wohltat erwiesen werden.
Das Strafrecht erfüllt hingegen auf ganz andere Weise seine Aufgabe des Rechtsgüterschutzes; hier stehen die Interessen der Allgemeinheit im Vordergrund; der Täter wird bestraft, weil er sich gegen die Rechtsordnung aufgelehnt hat, die Strafe hat generalpräventive Wirkung. Darüber hinaus fordert die Strafe den Täter auf, für seine Tat zu sühnen, er soll sich zu dem von ihm begangenen Unrecht bekennen und es nach Kräften wiedergutmachen[66]. Die Sühne kann nicht erzwungen werden, sondern folgt auf eigenen Entschluß des Täters. Sie stellt eine Leistung des Täters als Beitrag zur Versöhnung gegenüber der Rechtsgemeinschaft dar, wird also gegenüber der Allgemeinheit geleistet. Die Sühne soll aber auch dem Straftäter selbst zugute kommen, da er durch sein Bekenntnis, Unrecht begangen zu haben, davon abgehalten wird, durch die Begehung weiterer Straftaten sozialschädlich zu handeln. Der Sühnegedanke wird ergänzt vom Schuldprinzip; dieses fordert, daß das von

---

65) Seng, Arch. für bürg. Recht 5, S. 364
66) Baumann, Strafrecht AT S. 150

der Rechtsordnung abweichende Verhalten des Täters auf seiner freien Willensentscheidung beruht und setzt somit schuldhaftes Verhalten des Rechtbrechers voraus. Der Sühnegedanke ist ohne das Schuldprinzip nicht lebensfähig, die durch die Strafe bewirkte Sühne muß stets schuldangemessen sein[67]).

Die Sühne ist jedoch nicht allein auf die öffentliche Strafe beschränkt, sondern findet sich auch in dem Genugtuungsgedanken. Die von der Genugtuungslehre bezweckte Besänftigung des verletzten Rechtsgefühls kann dadurch erreicht werden, daß der Schädiger dem Verletzten gegenüber bekennt, ihm ein Unrecht zugefügt zu haben und ihm gegenüber durch die Entschädigungsleistung für das von ihm begangene Unrecht einstehen zu wollen. Im Gegensatz zur Strafe kommt es dabei nicht darauf an den Täter zu bessern, sondern die Genugtuung geschieht allein dem Verletzten zuliebe. Die Sühne ist bei der Genugtuung nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck der Besänftigung des Opfers[68]).

Hierin unterscheidet sie sich vom Sühnebegriff des Strafrechts, wo die Sühne zugunsten der Allgemeinheit geleistet wird. Die Genugtuungslehre stellt daher für die Unterscheidung von Genugtuung und Strafe auf den jeweiligen Adressaten der Sühneleistung ab. Sie sieht es deshalb als gerechtfertigt an, die Genugtuung dem Zivilrecht zuzuordnen, weil sie den Zweck verfolgt, dem Schädiger eines immateriellen subjektiven Rechts ein Übel zuzufügen, das seiner Unrechtstat und der darin hervorgetretenen Mißachtung des Verletzten entspricht und diesen in seinem verletzten Rechtsgefühl besänftigen kann. Die Vertreter der Genugtuungstheorie leugnen nicht, daß der Genug-

---

67) Baumann, Schuld und Sühne, S. 119 ff; Niemeyer, S. 45
68) Stoll, Gutachten, S. 152

tuungsbegriff ein gewisses poenales Element enthält. Zwar wohne ihm kein unmittelbarer Strafcharakter mehr inne, wohl schwinge aber noch etwas vom Charakter der Buße mit[69]. Stoll[70] geht davon aus, daß die Genugtuung wegen des ihr innewohnenden Elements der Sühne von der Entschädigung grundverschieden sei und fordert daher eine Verselbständigung des Genugtuungsprinzips im zivilrechtlichen Schadensersatzrecht. Der Gegugtuungsanspruch müsse neben dem Schadensersatzanspruch stehen. Der Genugtuung sei im Unterschied zur Strafe der Abschreckungszweck fremd, bei ihr sei die Abschreckung nur eine erwünschte Nebenwirkung.

Wenn man den Vertretern der Genugtuungslehre auch darin zustimmen muß, daß im Gegensatz zur öffentlichen Strafe die Sühneleistung bei der Genugtuung darin besteht, die private Entrüstung des Verletzten selbst und nicht die Entrüstung der Allgemeinheit zu besänftigen, so stellt sich dennoch die Frage, ob nicht mit der Einführung der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes eine Renaissance der Privatstrafe einhergegangen ist, die in unserem Zivilrecht längst als überwunden galt.

Es ist darüber hinaus überaus fraglich, ob es gerechtfertigt ist, die Genugtuung unter Hinweis darauf, daß sie sich nur an den Verletzten wende und somit neben dem Strafzweck stehe, als rein zivilrechtliche Angelegenheit zu behandeln.

Wird bei der Bemessung eines Schmerzensgeldes aus Gründen der Genugtuung, beispielsweise wegen besonders schweren Verschuldens, auf den auszugleichenden immateriellen Schaden ein weiterer Betrag aufgeschlagen, so mag diese Sühne den Rechtsgutsverletzer wohl dem Opfer zuliebe angelastet werden,

---

69) BGHZ 18, 155
70) Gutachten, S. 255

für den nicht haftflichtversicherten Täter[71] aber bleibt die Leistung dieselbe, gleichgültig, ob sie die Allgemeinheit oder den Geschädigten besänftigen soll; für ihm macht es keinen Unterschied, aus welchen Posten sich die ihm auferlegte Sühneleistung zusammensetzt. Ihn interessiert alleine die Gesamthöhe des von ihm zu erbringenden Vermögensopfer ohne Rücksicht darauf, ob ihm eine Sühneleistung vom Strafrichter als öffentliche Strafe oder vom Zivilrichter als Genugtuung auferlegt wird[72]. Es kommt dem Schädiger ebenfalls nicht darauf an, ob der von ihm als Sühne zu leistende Geldbetrag in die Tasche des Geschädigten oder des Fiskus fließt; für ihn stellt die als Genugtuung zu leistende Geldsumme einen Ahndungsbetrag dar, der ihm zur Vergeltung für das von ihm begangene Unrecht abverlangt wird[73]. Aus diesem Grunde erscheint es zweifelhaft, ob bei der Frage nach der Funktion der Genugtuung allein auf den Leistungsadressaten abgestellt werden kann, ohne den Inhalt der Leistung zu berücksichtigen. Anderenfalls müßte man zu dem Ergebnis gelangen, daß auch die Verhängung einer Freiheitsstrafe, die zur Besänftigung des Rechtsgefühls des Verletzten angeordnet wurde, dem Zivilrecht zugeordnet werden müsse[74].

Der in der Genugtuung enthaltene Sühnegedanke paßt nicht in unser Zivilrecht, dessen Aufgabe es ist, die privaten Ansprüche der Rechtsgenossen untereinander zu regeln. Die Sühne hat sozialen und nicht privaten Charakter, sie wird nicht für den bei einem Rechtsgenossen eingetretenen Taterfolg, sondern für die darin zum Ausdruck gekommene Verletzung der Rechtsordnung geleistet[75]; sie bezieht sich allein auf die Verletzung deliktsrechtlicher Gebote oder Verbote der Rechts-

---

71) für den Fall, daß der Täter haftpflichtversichert ist vgl. deshalb im Text
72) Bötticher, Referat S. 19
73) so auch Hirsch, a.a.O., S. 316
74) Hirsch, a.a.O., S. 216; Niemeyer, S. 99
75) Köndgen, S. 97

ordnung und die staatliche Gemeinschaft als Träger dieser Rechtsordnung beansprucht die Sühneleistung, nicht der einzelne Verletzte.

Auch wenn Stoll die in der Genugtuungsleistung enthaltene Sühne als Mittel zum Zwecke der Besänftigung des verletzten Rechtsgefühls des Geschädigten ansehen will, so ändert dies nichts daran, daß durch das angewandte Mittel - nämlich die Sühne - Vergeltung geübt wird; das Leid, das dem Schädiger durch die Verurteilung zur Genugtuungsleistung auferlegt wird, ist das Mittel, den Verletzten zu befriedigen. Auf diese Weise soll - so der BGH[76] - eine gewisse persönliche Beziehung zwischen dem Schädiger und dem Geschädigten zum Ausdruck gebracht werden. Gerade dieser Gedanke aber macht sich als Fremdkörper im modernen Haftungsrecht aus, das durch ein ständiges Vordringen des Versicherungsgedankens immer mehr zu einer Entpersönlichung der Haftungsverhältnisse tendiert.

5) Genugtuung und Privatstrafe

Geht man davon aus, daß die Genugtuungsleistung nicht nur den Schaden ausgleichen, sondern auch begangenes Unrecht sühnen und so die Besänftigung des gekränkten Rechtsgefühls eines Rechtsubjekts durch ideelle Wiederherstellung des verletzten Rechts bewirken soll, so kommt man zu einer augenfälligen Übereinstimmung mit der Privatstrafe des früheren Rechts[77]. Die Privatstrafe verlieh dem Verletzten eine eigene Strafberechtigung. Er konnte die Bestrafung des Täters im Wege der Geltendmachung eines privatrechtlichen Anspruchs, d.h. mit den Mitteln des Privatrechts herbeiführen. Die Privat-

---

76) BGH 18, 157
77) vgl. Großfeld, S. 9 ff

strafe gestattete dem Verletzten, zum Zwecke der eigenen Genugtuung Zahlung einer von ihm der Höhe nach benannten Geldstrafe an sich selbst zu verlangen[78]. Der dem Bestraften auferlegte Vermögensnachteil kam unmittelbar dem Verletzten zugute. Hierdurch unterschied sich die Privatstrafe von der öffentlichen Strafe, die dem Opfer keinen unmittelbaren Vorteil brachte. Das Sühneelement der Privatstrafe kommt in der Zahlung des Geldes zum Ausdruck; der Täter beweist so seine Unterwerfung unter das Recht und bietet dem verletzten Rechtsgefühl des Opfers Trost. Die Privatstrafe, die der Geschädigte vor dem Zivilrichter einklagen konnte, war ein Mittel zur eigenen Genugtuung des Verletzten.
Diese Beschreibung der Privatstrafe zeigt eine weitgehende Übereinstimmung mit dem Genugtuungsgedanken, den die herrschende Lehre dem Schmerzensgeldanspruch zugrundelegen will. Genugtuung und Privatstrafe sind identisch, die Berücksichtigung der Genugtuung des Verletzten bei der Bemessung des Schmerzensgeldes bedeutet nichts anderes, als ein Wiederaufleben der Privatstrafe[79], deren Beseitigung schon Jhering im Jahre 1867 in seiner Abhandlung "Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht" nicht ohne Pathos gefeiert hat[80].

6) Genugtuung und Abschreckung

Die Vertreter der Genugtuungstheorie wenden gegen den Vorwurf, daß es sich bei der Genugtuung um eine Strafe handele, stets

---

78) Hirsch, S. 309

79) aus diesem Grunde plädiert Großfeld, a.a.O., S. 100 ff für eine Wiedereinführung der Privatstrafe in unser Zivilrecht

80) Jhering, Vermischte Schriften jur. Inhalts, 158 ff; allerdings forderte Jhering einige Jahre später ihre Wiederbelebung; in seinem Buch Kampf ums Recht S. 75 ff bezeichnete er sie als Ausdruck eines der gesundesten Gedanken im Recht; auch andere Autoren haben Zweifel an der Richtigkeit der völligen Abschaffung der Privatstrafe geäußert, so:Seng,a.a.O 336 ff;Großfeld a.a.O., 104 ff; Stoll,Gutachten, a.a.O. 156 ff; Hellmer, Festschrift für H. Mayer, 672 ff

ein, daß der Genugtuung der für die Strafe kennzeichnende Abschreckungszweck fremd sei. Die Abschreckung sei bei ihr nur eine erwünschte Nebenwirkung. Diese Argumentation überzeugt allerdings nicht, denn grundsätzlich kann hiergegen eingewandt werden, daß alle Sanktionen, die sich an einen Rechtsbruch knüpfen, der Abschreckung dienen[81]. Die Prävention ist nicht allein ein Kennzeichen der Strafe, sondern sie hat ihren Platz ebenso gut im Recht der unerlaubten Handlung des BGB. Im Rahmen der §§ 823 ff ist die Abschreckung mehr als gewünschte Nebenwirkung, sie ist einer der vom Gesetzgeber intendierten Normzwecke, denn derjenige, der weiß, daß er schuldhaft verursachten Schaden ersetzen muß, wird von der Verletzung fremder Rechtsgüter abgehalten[82]. Durch die Verpflichtung des Schädigers zum Schadensersatz soll deliktisches Verhalten möglichst verhindert werden. Der Schadensersatzpflicht kommt somit eine erhebliche Präventivfunktion zu, die sich sowohl gegenüber der Allgemeinheit als auch gegenüber dem einzelnen Schädiger auswirkt[83].

Ein klassisches Beispiel für die generalpräventive Funktion der Genugtuung gibt der BGH selbst in den Fällen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Hier wird der Ausgleichszweck bei der Bemessung einer Entschädigung gemäß § 847 von dem Genugtuungszweck völlig verdrängt und der Abschreckungsgedanke wird deutlich durch den Hinweis hervorgehoben, daß Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht nur dann wirksam begegnet werden könne, wenn man sie mit dem Risiko eines fühlbaren materiellen Verlustes sanktioniere[84]. Einige Autoren[85] rechtfertigen den Deliktsschutz des allge-

---

81) Stoll, Gutachten, S. 152
82) Hirsch, a.a.O., S. 314
83) Bötticher, Referat C 20
84) BGHZ 35, 363 (369)
85) Arzt, S. 327 Fn. 111, Hellmer, a.a.O., S. 673; Rötelmann, ACP 160, 366 Fn. 159; Deutsch, JuS 69, 202

meinen Persönlichkeitsrechts gerade aus Gründen der Generalprävention und entnehmen aus Art. 1 GG einen imperativen Schutzauftrag, um aus generalpräventiven Gründen Schadensersatz in Geld bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu gewähren.
Dies zeigt, daß auch der Genugtuung sowohl general- wie spezialpräventive Bedeutung zukommt, so daß die Abschreckung kein geeignetes Kriterium ist, sie von der Strafe abzugrenzen.

7) Privatstrafe und Zivilrechtsordnung

Die Entlarvung der Genugtuung als Privatstrafe allein reicht noch nicht aus, die Genugtuungslehre abzulehnen. Es könnte nämlich sein, daß in unserer Rechtsordnung ein gerechtfertigtes Interesse am Wiederaufleben der in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts abgeschafften Privatstrafe bestünde. Gegen eine Wiedererweckung der Privatstrafe sprächen keine Bedenken, wenn sie eine vorhandene Lücke in unserem Rechtsgüterschutz schließen könnte und sich systemgerecht in unsere Rechtsordnung einfügen ließe. Das ist jedoch nicht möglich - oder jedenfalls nur, was den Anhängern der Genugtuungstheorie vorzuwerfen ist - auf Kosten einer fehlerhaften Interpretation des § 847 BGB. § 847 BGB gewährt nämlich einen echten Schadensersatzanspruch. Dieser unterscheidet sich von anderen Schadensersatzansprüchen lediglich dadurch, daß der Schaden an einem immateriellen Gut eintritt. Dieser immaterielle Schaden kann nicht in gleicher Weise rechnerisch festgestellt werden wie der Vermögensschaden; es ist daher lediglich eine in der Höhe vom Richter festzusetzende Abfindungszahlung möglich. Die mangelnde Meßbarkeit des immateriellen Schadens und die damit verbundenen Schwierigkeiten bei der Feststellung der Schadenshöhe gibt keinen Anlaß, ihn außerhalb des allgemeinen Schadensrechts einzuordnen. Die fehlende Gleichartigkeit von er-

littener Einbuße und der in Geld zu erbringenden Entschädigung nehmen dem immateriellen Schaden nicht seine durch den geschützten Tatbestand begründete Qualität als zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch.

Bei der Privatstrafe stehen die Feststellung des Unrechts und seine Mißbilligung im Vordergrund. Die Geldzahlung ist das Mittel, mit dem der Täter seine Unterwerfung unter die Rechtsordnung, gegen die er verstoßen hat, beweist; hier liegt das Sühneelement der Privatstrafe[86].

Die Feststellung eines unrechtmäßigen Handelns und die Verurteilung begangenen Unrechts ist aber nicht Aufgabe des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts, das ausschließlich die Regelung und den Ausgleich objektiver Interessen zum Gegenstand hat. Die Privatstrafe ist und bleibt daher für das Zivilrecht ein Fremdkörper, das zivilrechtliche Deliktsrecht regelt allein den Schadensausgleich, für eine Strafe ist darin kein Raum.

Der in der Privatstrafe enthaltene Sühnegedanke hat seine Aufgabe im Strafrecht; seine Einführung in das Zivilrecht ist mit der Funktionsverteilung von Zivil- und Strafrecht nicht vereinbar.

Will man mit der Genugtuungsfunktion den Sühnegedanken in das Zivilrecht integrieren, so darf man ihn auch nicht auf den Ersatz des immateriellen Schadens beschränken. Eine konsequente Anwendung des Genugtuungsbegriffes würde erfordern, ihn auch bei Vertragsverletzungen und bei deliktischen materiellen Schadensersatzansprüchen zu berücksichtigen. Denn auch die Verletzung eines materiellen Rechtsgutes - wie beispielsweise die Tötung eines geliebten Haustieres oder der willkürliche Vertragsbruch - können bei dem "Verletzten" eine tiefe persönliche Kränkung bewirken. Dies lehnen die Vertre-

---

86) Großfeld, S. 109

ter der Genugtuungstheorie jedoch ab, da es nicht angehe, daß der Schädiger, der den materiellen Schaden voll ersetzen müsse, zusätzlich wegen des Unrechtscharakters seiner Tat dem Geschädigten einen weiteren Betrag zahlen müsse. Dieser Gedanke ist, abgesehen von dem konkreten Bezug, schon in sich nicht schlüssig. Denn es wird außer acht gelassen, daß der Täter durch die Verletzung eines fremden Rechtsgutes einen Gewinn erzielen kann, der weit größer ist als seine Schadensersatzpflicht. So mag er bei seinem Rechtsbruch eine Schadensersatzpflicht in Kauf nehmen, wenn er sich einen höheren Gewinn verspricht.

Dies macht deutlich, daß die Genugtuung bei Ersatz immaterieller Schäden nur deshalb eingeführt wurde, weil die rechnerische Ermittlung des Schmerzensgeldes wegen der Inkommensurabilität der verletzten Rechtsgüter Schwierigkeiten bereitet, dies ist aber kein überzeugender Grund für die Wiedereinführung der Privatstrafe.

Gegen die Wiedereinführung der Privatstrafe spricht auch die geschichtliche Entwicklung[87]. Schon die Aufhebung der actio iniuriarum des gemeinen Rechts in den meisten Particularrechten zeigt die Absicht, strafrechtliche Elemente aus dem Zivilrecht zu eliminieren. Mit der Einführung des StGB von 1871 und insbesondere durch § 11 EGStPO wurde die Privatstrafe in Deutschland endgültig ausgemerzt. Wollte man die Privatstrafe heute wiederbeleben, so hieße dies, sich ohne erkennbare Legitimation auf frühere, längst überwundene Entwicklungsstufen des Rechts zurückzubegeben. Die Privatstrafe hatte einen hohen Stellenwert in Rechtsordnungen, in denen der Staat einen ihm allein zustehenden Strafanspruch noch nicht vollständig in Anspruch genommen hatte. In unserer heutigen Rechtsordnung ist das Sühnebedürfnis des Opfers darauf beschränkt, mit der Strafanzeige, der Nebenklage, der Privatklage oder dem Klageerzwingungsverfahren auf die Verfolgung des an ihm begangenen Unrechts durch die dafür vorgesehenen

87) siehe eingehend oben S. 32 ff

staatlichen Organe Einfluß zu nehmen[88].
Es bleibt daher festzuhalten, daß eine Einführung der Privatstrafe einen Rückfall in veraltete Rechtsvorstellungen bedeuten würde. Die Privatstrafe hat in unserem Zivilrecht nichts zu suchen, sie ist eine echte Strafe und gehört daher ins Strafrecht[89].

8) Privatstrafe und Strafrechtspolitik

Die Wiedereinführung der Privatstrafe unter dem Etikett der Genugtuung kann auch nicht mit der Begründung gerechtfertigt werden, dies sei kriminalpolitisch wünschenswert[90]. Zwar wird diese These heute durch die Abschaffung der Bußtatbestände für die Fälle der Beleidigung (§ 188 StGB a.F.) und die Körperverletzung (§ 231 StGB a.F.) durch das Strafgesetzbuch vom 2. 1. 75 nahegelegt. Es darf jedoch nicht verkannt werden, daß das Zivilrecht eine Entlastungsfunktion zugunsten des Strafrechts immer nur im Rahmen seiner Möglichkeiten ausüben kann. Sicherlich ist mit der im neuen Strafgesetzbuch vorgenommenen Entkriminalisierung von Bagatelldelikten ein entscheidender Beitrag zur modernen Strafrechtspflege geleistet worden und auch die Abschaffung der genannten Bußtatbestände - die ohnehin in der Praxis bedeutungslos geworden waren[91], da die Geltendmachung einer Buße beim Strafrichter und das Begehren von Schmerzensgeld einander ausschlossen - ist zu begrüßen. Dennoch reichen die Mittel des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts nicht aus, ein weiterhin bestehendes Vergeltungsbedürfnis des Verletzten aufzufangen. Während es bei der im neuen StGB enthaltenen Reform

---

88) Hirsch, a.a.O., S. 318
89) a.A. Großfeld, a.a.O., S. 104 ff
90) so Hellmer, a.a.O., S. 673 ff
91) schon v. Liszt, JW 1917,713, hat sie als völlig veraltet und in sich widersprüchlich bezeichnet

des Strafrechts lediglich um eine quantitative Abstufung innerhalb der öffentlichen Vergeltungssanktionen ging, handelt es sich bei der Frage, ob mittels der Genugtuung eine Privatstrafe in unser Zivilrecht eingeführt werden kann, um ein Problem, das sich aus der qualitativen Verschiedenheit von Strafrecht und Zivilrecht ergibt[92]. Da es sich aber bei der Genugtuung um eine Vergeltungssanktion handelt, bleibt die Ahndung der zugrundeliegenden Tat auch allein dem Strafrecht überlassen und darf nicht dem Zivilrecht aufgebürdet werden. Es widerspricht der klaren Aufgabenverteilung zwischen Zivil- und Strafrecht, daß unter dem Gesichtspunkt der Genugtuung im Zivilrecht gestraft wird. Die genaue Unterscheidung zwischen den Aufgaben des Zivilrechts und des Strafrechts ist kein leerer Formalismus, sondern ein zentrales Problem unserer gesamten Rechtsordnung[93]. Beide Rechtsgebiete haben verschiedene Aufgaben und sind auch prozessual so ausgestaltet, daß sie qualitative, materiellrechtliche Verschiedenheiten wiederspiegeln[94]. Wenn es aber möglich sein soll, auch im Zivilprozeß eine Strafe zu verhängen, so birgt dies die Gefahr einer uferlosen Poenalisierung, bei der besondere strafrechtliche und strafprozessuale Garantien übergangen werden.

9) Die Umgehung strafrechtlicher Rechtsgarantien durch die Gewährung von Genugtuung im Rahmen des § 847

a) Verstoß gegen allgemeine Grundsätze des Strafprozesses

Die Verhängung einer Sanktion im Strafprozeß erfordert den Nachweis, daß der Täter rechtswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Die in unserem Strafprozeßrecht geltende Unter-

92) Hirsch, a.a.O., S. 318
93) Graf zu Dohna, Die Privatgenugtuung, a.a.O., S. 229; Hirsch, a.a.O. S. 314
94) Hirsch, a.a.O., S. 315

suchungsmaxime besagt, daß der Richter von sich aus den Sachverhalt gründlich aufzuklären hat[95]. Gelingt dies dem Gericht nicht und kann es sich nicht volle Gewissheit von der Täterschaft und der Schuld des Angeklagten verschaffen, muß es ihn freisprechen. Es gilt der Beweisgrundsatz: in dubio pro reo.

Im Zivilprozeß hingegen gilt die Verhandlungsmaxime, wonach der Richter seinem Urteil nur das zugrunde legen darf, was die Parteien behauptet und gegebenenfalls bewiesen haben. Die infolge der Dispositionsmaxime bestehende Einwirkungsmöglichkeit der Prozeßbeteiligten auf den Prozeßstoff ist somit auch auf die Wahrheitsfindung ausgedehnt. Anders als im Strafprozeß müssen die betroffenen Parteien die Darlegungs- und Beweislast tragen und es ist möglich, daß der Täter zu einer Sühneleistung verurteilt wird, obwohl ihm eine rechtswidrige schuldhafte Tat überhaupt nicht nachgewiesen ist, wie dies beispielsweise im Säumnisverfahren gem. §§ 330 f ZPO geschehen kann, wo gem. § 331 ZPO im Falle der Säumnis des Beklagten das tatsächliche Vorbringen des Klägers als zugestanden gilt.

Die Einführung poenaler Elemente in das Zivilrecht läßt ferner außer acht, daß gerade jugendliche Täter vom Strafrecht besonders behandelt werden. Das heutige Jugendstrafrecht läßt nicht den Sühnegedanken dominieren, sondern ist nach Erziehungsgesichtspunkten ausgerichtet. Grundgedanke sowohl des materiellen als auch des prozessualen Jugendstrafrechts ist, daß für den Jugendlichen Erziehung wichtiger ist als Strafe. Dies hat zur Folge, daß Strafe immer nur die ultima ratio sein darf und daß in erster Linie zu Erziehungsmaßregeln (§ 9 JGG), dann zu Zuchtmitteln (§ 13 ff JGG) und erst danach zur Jugendstrafe ge-

---

95) Baumanns Strafrecht AT, S. 165

griffen werden soll. Im Zivilrecht hingegen ist der Jugendliche lediglich im Rahmen des § 828 geschützt, die Auferlegung einer Strafe im Rahmen des Deliktsrechts widerspricht aber deutlich den Grundsätzen des Jugendstrafrechts.
Ein weiterer grundsätzlicher und unüberwindlicher Unterschied zwischen zivilrechtlichem Genugtuungsanspruch und Strafe besteht in der Art und Weise der Vollstreckung. Während die vom Zivilrichter im Rahmen der Schmerzensgeldzumessung als Genugtuung ausgesprochene Privatstrafe nach den zivilprozessualen Zwangsvollstreckungsvorschriften allein durch Zugriff auf das gesamte pfändbare Vermögen des Täters durchgesetzt werden kann, wird die im Strafprozeß ausgesprochene Geldstrafe gem. § 459 StPO nach den Vorschriften der Justizbeitreibungsordnung vollstreckt. Für die Vollstreckung zuständig ist die gem. § 2 I S. 1 JBeitr.O damit beauftragte Vollstreckungsbehörde. Ist die Geldstrafe nicht beitreibbar und hat das Gericht für diesen Fall eine Ersatzfreiheitsstrafe angeordnet[96], so ordnet die Vollstreckungsbehörde gem. § 459 e StPO die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe an.
Die im Zivilprozeß ausgesprochene Sühnesanktion findet also bei der Vollstreckung ihre Grenze im Vermögen des Schuldners, wohingegen der im Strafprozeß Verurteilte auch mit dem Verlust seiner Freiheit sühnen muß.

b) Die poenale Wirkung der Genugtuung und Art. 103 II GG

Bedenken gegen die Wiedereinführung der Privatstrafe im Gewande der Genugtuung ergeben sich auch aus der Unvereinbarkeit mit dem in Art. 103 II GG garantierten Satz "nulla poena

96) dies geschieht in der Praxis in der Regel

sine lege". Art. 103 II GG enthält das Gebot der Gesetzesbestimmtheit von Strafnormen, welches nicht nur für den Straftatbestand, sondern auch für die Strafandrohung gilt. Das Rechtsstaatsprinzip erfordert, daß ein gesetzliches Verbot und die daran geknüpfte Sanktion sowohl von den Voraussetzungen als auch vom Inhalt her so klar bestimmt ist, daß die Betroffenen die Rechtlage erkennen und ihr Verhalten danach bestimmen können[97]. Nun ist aber die Genugtuung weder gesetzlich in den §§ 823 ff, die keinerlei zivilrechtliche Strafsanktion vorsehen, fixiert, noch ist, insbesondere seit der Einbeziehung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in das Deliktrecht, das Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit gewahrt[98].

Der hierin liegende Verstoß gegen Art. 103 II GG ist auch nicht durch den Hinweis zu leugnen, der Grundsatz "nulla poena sine lege" gelte nur für die Kriminalstrafe[99]. Denn auf diese Weise fiele es dem Gesetzgeber leicht, sich dem Bestimmtheitsgebot des Grundgesetzes dadurch zu entziehen, daß er Aufgaben des Strafrechts auf andere Rechtsgebiete verlagert[100].

Die in Art. 103 II GG aufgestellte Maxime kann auch nicht einfach mit der Begründung beiseite geschoben werden, ein rechtsstaatliches Interesse an der Reduktion des Strafrechts überwiege die Bedenken gegen die Einführung poenaler Elemente ins Zivilrecht[101]. Auf diese Weise wäre es zwar möglich, Tatbestände, die eine Strafsanktion nach sich ziehen sollen, aus dem Strafrecht auszugliedern und somit den Bereich kriminellen Unrechts einzuschränken; dies würde jedoch das Zivilrecht mit strafrechtlichen Elementen belasten.

---

97) BVerf.G 17, 306 ff
98) Hirsch, a.a.O. S. 326
99) Großfeld, a.a.O., S. 122
100) Arzt, a.a.O., S. 316
101) so aber Arzt, a.a.O., S. 317

So gelangt man zwar formell zu einer Entkriminalisierung, materiell aber zwingt man das Zivilrecht dazu, eine Sühnefunktion zu übernehmen. Es wird der Sache nach weiterhin gestraft, nun aber unter einem anderen Etikett. Eine Entkriminalisierung auf Kosten der Systemreinheit des zivilrechtlichen Deliktsrechts kann jedoch einen Verstoß gegen Art. 103 II GG nicht rechtfertigen, sie muß notwendigerweise innerhalb des Strafrechts selbst vollzogen werden, indem man, wie im "Strafgesetzbuch vom 2.1.1975" geschehen, Delikte, die Kriminalstraftaten darstellen, und Bagatelldelikte, die lediglich als Ordungswidrigkeit eingeordnet werden, unterscheidet.
Die Genugtuung, die bei der Schmerzensgeldbemessung im Rahmen des § 847 BGB strafrechtliche Aufgaben wahrnimmt, verstößt als Privatstrafe gegen Art. 103 II GG.

c) Die poenale Wirkung der Genugtuung und Art. 103 III GG

Immer dann, wenn das deliktische Verhalten, auf Grund dessen die herrschende Lehre die Genugtuungssanktion verhängen will, auch nach dem Strafgesetzbuch mit Strafe geahndet werden muß, kommt auch ein Verstoß gegen Art. 103 III GG in Betracht. Da der Täter zivilrechtlich mit einer Privatstrafe belangt, zudem aber auch noch eine Kriminalstrafe gegen ihn verhängt wird, bedeutet dies einen Verstoß gegen den Grundsatz "ne bis in idem".
Dem Einwand Großfelds[102], Art. 103 III sei lediglich für die Kriminalstrafe im formellen Sinne anwendbar, muß entgegengehalten werden, daß auf diese Weise die im Art. 103 III GG gegebene Garantie (ne bis in idem) nur allzu leicht unterlaufen werden könnte.

---

102) a.a.O., S. 123

Wird die Verletzung eines immateriellen Rechtsgutes einmal vom Zivilrichter unter dem Gesichtspunkt der Genugtuung mit einer Privatstrafe und dazu noch vom Strafrichter mit einer Kriminalstrafe geahndet, handelt es sich doch beide Male um eine Bestrafung und dies für dieselbe Tat. Dies bedeutet aber eindeutig einen Verstoß gegen das Verbot der Doppelbestrafung, das in Art. 103 III GG ausgesprochen ist.
Offensichtlich haben die Vertreter der Genugtuungstheorie dieses Problem erkannt. So vertritt Stoll[103] die Ansicht, daß bei der Festsetzung der Genugtuung eine Bestrafung des Täters nach den Umständen zu berücksichtigen sei. Das "Konkurrenzproblem" von Privatstrafe einerseits und öffentlicher Strafe andererseits wurde vom OLG Celle[104] und dem OLG Düsseldorf[105] dahingehend entschieden, daß das Genugtuungsbedürfnis des Verletzten durch eine vorangegangene Verurteilung ganz oder teilweise abgegolten sei[106]. Für den umgekehrten Fall, daß nämlich der Täter schon im Zivilprozeß zur Genugtuungsleistung verurteilt worden ist, weist Meyer[107] nach, daß die vom Verletzten verlangte Genugtuungsleistung im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden muß.
Die Beachtung der strafrichterlichen Bestrafung des Täters bei der Festsetzung der Genugtuung zeigt, daß sich der Zivilrichter bei der Festsetzung der Genugtuungsleistung mit denselben Gesichtspunkten wie ein Strafrichter befassen muß. Die Möglichkeit einer Doppelbestrafung wird jedoch hierdurch nicht mit Sicherheit ausgeschlossen, da nicht feststeht, in welchem Umfang der jeweilige Richter dem vorangegangenen Urteil Rechnung trägt und dies zudem auch in vielen Fällen nicht kon-

---

103) Gutachten, S. 155
104) JZ 1970, 548 mit zustimmender Anmerkung von Deutsch
105) NJW 74, 1289
106) a.A. OLG Hamm, MDR 74, 1018
107) JuS 1975, 87 ff

trollierbar ist, weil die h.M. in der Rechtsprechung bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes den als Genugtuung zugesprochenen Betrag nicht gesondert ausweist.

d) Die poenale Wirkung der Genugtuung und Art. 101 GG

Bedenken gegen diese Praxis ergeben sich auch für die Fälle, in denen der Zivilrichter vor dem Strafrichter entscheidet. Dann würde, wenn der Täter seine Tat schon durch die Erbringung der Genugtuungsleistung ausreichend gesühnt hat, dem Strafrichter die Möglichkeit der Bestrafung genommen; dies wiederum könnte die Frage aufwerfen, ob nicht der Täter entgegen Art. 101 GG seinem gesetzlichen Richter entzogen worden ist[108].

Hinzu kommt, daß die Höhe des zu zahlenden Schmerzensgeldes immer davon abhängen würde, ob nun das Urteil im Zivilprozeß oder das Strafurteil zuerst ergeht[109]. Zum anderen billigt man bei Antragsdelikten dem Verletzten ein Wahlrecht zu, ob er seine Genugtuung auf strafrechtlichem oder zivilrechtlichem Wege erlangen will. Bei Offizialdelikten nimmt man ihm in der Regel die Möglichkeit, ausschließlich im Schmerzensgeld seine Genugtuung zu finden, wenn es ihm nicht gelingt, seine Klage möglichst vor der Durchführung des Strafverfahrens entscheiden zu lassen. In den Fällen vorsätzlicher und fahrlässiger Körperverletzung kann die Strafverfolgungsbehörde jedoch gem. § 232 StGB - wenn sie ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht - von Amts wegen ein Strafverfahren in Gang setzen und somit mittelbar Einfluß auf die Höhe des angemessenen Schmerzensgeldes nehmen.

---

108) Hirsch, a.a.O., S. 326

109) In der Regel wird der Zivilrichter das Verfahren gem. § 149 ZPO aussetzen.

Im Übrigen kann die konsequente Anwendung dieser Ansicht zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen. Dem Rechtsuchenden wird es kaum verständlich sein, warum er als Ersatz für seinen immateriellen Schaden eine erheblich geringere Entschädigung erhält als ein anderer, der den gleichen Schaden hat, nur weil der Täter schon im Strafverfahren abgeurteilt wurde.
Auf keinen Fall ist diese Spruchpraxis geeignet, eine einheitliche Schmerzensgeldrechtsprechung zu gewährleisten, da - wie gesagt - immer wieder bei an und für sich gleichen Verletzungen Entschädigungen von sehr unterschiedlicher Höhe zugesprochen werden können.

10) Genugtuung und Zivilrechtsdogmatik

Wie oben bereits dargestellt, ist der von den Anhängern der herrschenden Meinung vertretene Genugtuungsbegriff wegen des Sühnegedankens, der ihm innewohnt, von der Entschädigung grundverschieden. Die Anwendungsbereiche beider Rechtsinstitute decken sich nicht[110]. Die Höchstpersönlichkeit der Genugtuung zwischen Schädiger und Geschädigtem, die sich aus dem Sühnegedanken ergibt, bereitet Schwierigkeiten, die Genugtuung in das System der für die Entschädigung geltenden deutschen Rechtsnormen einzuordnen.
Der Anspruch auf Genugtuung kann aufgrund dieser durch den Schadensfall hervorgerufenen höchstpersönlichen Beziehung zwischen Täter und Opfer passiv nicht vererblich sein. Eine solche Anordnung vermißt man jedoch in § 847 BGB.
Da die Genugtuung als höchstpersönliche Sühneleistung von einem Dritten nicht erbracht werden kann, ist auch eine Versicherung nicht in der Lage, den Genugtuungsanspruch zu er-

110) Stoll, a.a.O., S. 155

füllen. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, daß eine Schadensversicherung ohnehin nur Schadensersatzansprüche deckt, die Genugtuungsleistung aber eine dem Täter auferlegte Privatstrafe darstellt. Eine Versicherung gegen eine Vermögensbeeinträchtigung durch eine Geldstrafe ist aber schon per se unzulässig[111].

Weitere Bedenken gegen die Einordnung der Genugtuung in das zivilrechtliche Deliktsrecht lassen sich aus der Tatsache herleiten, daß mehrere Mittäter gem. §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner haften. Da aber kaum vorstellbar ist, daß ein Täter die Genugtuung des anderen mitschuldet und auch mittragen kann, ist die Zusammenfassung der Sühnepflicht mehrerer Täter in einer Gesamtschuld nicht denkbar.

Darüber hinaus ist die Genugtuung als Privatstrafe an qualifizierte Formen schuldhaften Unrechts gebunden[112]. Dies wiederum verträgt sich nicht mit der Tatsache, daß auch in gewissen Fällen der Gefährdungshaftung wie § 833 BGB oder § 53 LuftVG ein Schmerzensgeldanspruch besteht.

Auch die in § 831 enthaltene Beweislastumkehr und die Haftung für fremdes Verschulden, wie sie der geplante neue § 831 BGB[113] statuieren soll, passen nicht für die Genugtuung.

Der Gesetzgeber hat das Schmerzensgeld als eine Entschädigung für eine verursachte immaterielle Einbuße in das deliktsrechtliche Schadensersatzrecht des BGB eingeordnet und ihm damit Schadensersatzcharakter zugewiesen. Die Auslegung des § 847 in dem Sinne, daß dem Institut des Schmerzensgeldes sowohl eine Ausgleichs- als auch unter Heranziehung strafrechtlicher Gesichtspunkte eine Genugtuungsfunktion zukommen soll, widerspricht den erkennbaren Absichten des Gesetzgebers. Die Ein-

---

111) Hartung, NJW 1957, S. 129
112) Stoll, Gutachten, S. 155; Deutsch JuS 1969,201
113) Referentenentwurf 1967

führung einer Privatstrafe unter dem Etikett der Genugtuung in das Deliktsrecht ist de lege lata nicht denkbar und kann mit dogmatisch-tragfähigen Mitteln nicht erreicht werden. Darüber hinaus ist die strikte Trennung von Zivil- und Strafrecht ein Gebot unserer Verfassung und stellt eine Säule unserer Rechtsstaatlichkeit dar[114].

Die Genugtuung ist ein Fremdkörper in unserem Zivilrecht. Der Genugtuungstheorie kann daher nicht gefolgt werden.

E) Die durch den Überwindungsgedanken modifizierte Wiedergutmachungstheorie

Die vorangegangene Untersuchung hat gezeigt, daß auf die Frage nach dem Zweck des Schmerzensgeldes die Genugtuungstheorie keine zufriedenstellende, die Ausgleichstheorie keine gänzlich überzeugende Antwort geben kann. Während die Genugtuung als Privatstrafe wegen ihrer Systemwidrigkeit nicht in das deliktische Schadensersatzrecht des BGB eingeordnet werden kann und dies zu einer strikten Ablehnung der Genugtuungstheorie zwingt, sieht sich die Ausgleichstheorie lediglich vor der Schwierigkeit, daß bei immateriellen Schäden ein echter Schadensausgleich unmöglich ist und muß sich daher damit behelfen, dem Verletzten für die erlittenen Unlustgefühle Lustgefühle von möglichst großer Quantität und Intensität zur Verfügung zu stellen, um auf diese Weise seine Lustbilanz auszugleichen. Die Vertreter der Ausgleichstheorie übersehen dabei, daß die beim Verletzten eingetretene subjektive Lebenshemmung keine konstante Größe ist, die stets durch die Verschaffung kompensatorischer Annehmlichkeiten wiedergutgemacht werden kann, sondern daß die Bewältigung des Schmerzes

---

114) Hirsch, a.a.O., S. 327

und die Anpassung des Lebensvollzuges an die immaterielle Schädigung im wesentlichen eine Leistung darstellt, die der Verletzte selbst erbringen muß; dies setzt eine psychische und physische Anstrengung des Verletzten voraus[115].

Nach medizinischen Erkenntnissen ist der Schmerz als Verbindung von psychischem Erlebnis und physiologischer Empfindung ein psychosomatisches Phänomen;[116] die Einstellung des Betroffenen zu seinem Schmerz ist für die Intensität des Schmerzerlebnisses von entscheidender Bedeutung. Versuche haben bewiesen, daß auch bei gleichbleibender Reizstärke je nach der subjektiven Einstellung des Betroffenen das subjektive Schmerzerlebnis verschieden intensiv ist. Aus diesem Grunde wird auch aus therapeutischen Gesichtspunkten heraus angestrebt, bei den Verletzten durch Ablenkung und Aufmunterung zur Tat die affektive Einstellung zum Schmerzerlebnis durch eine objektivierende Einstellung zu ersetzen und den Betroffenen zu einer Haltung zu bringen, in der er Leid und Schmerz als notwendig in sein Gesamterleben einfügt[117].

Jeder Versuch, die durch die Verletzung des immateriellen Rechts eingetretene subjektive Lebenshemmung durch die Erzeugung von Gegenvorteilen auszugleichen ist von vornherein zum Scheitern verurteilt, wenn er nicht berücksichtigt, daß dieses Ziel ohne die aktive Mitwirkung des Verletzten nicht möglich ist. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, daß der Geschädigte erst dann in der Lage ist die ihm zugedachte Lebensfreude zu empfinden, wenn ihm vorher die Reduzierung seiner subjektiven Lebenshemmung gelungen ist.

---

115) Eickhoff, S. 66

116) Gertius, S. 1693; Sauerbruch-Wenke, S. 53; Eickhoff, S. 70; Köndgen, S. 80

117) Sauerbruch-Wenke, a.a.O., S. 38; Curtius, a.a.O., S. 1695; Eickhoff, a.a.O., S. 72

Diese Unmöglichkeit, den immateriellen Schaden einfach durch die Gewährung von Gegenvorteilen auszugleichen, zwingt jedoch noch nicht dazu, den grundsätzlichen Wiedergutmachungscharakter des Schmerzensgeldes zu leugnen. Es ist aber notwendig, mit der auf der vollen Restituierbarkeit des Vermögensschadens beruhenden Vorstellung zu brechen, daß jede Schadensersatzleistung auf effektive Schadensbeseitigung gerichtet sein müsse[118], da beim immateriellen Schaden eben wegen der fehlenden Kommensurabilität eine echte Wiedergutmachung im Sinne der Restitution ausgeschlossen bleiben muß. Die bei dem Verletzten eingetretene subjektive Lebenshemmung kann nicht allein durch die Zahlung einer Geldsumme wiedergutgemacht werden, die Vermögensvermehrung, die der Geschädigte infolge der Entschädigungsleistung erfährt, hat auf den immateriellen Schaden keinen unmittelbaren Einfluß. Auch die Möglichkeit, mit Hilfe dieses Geldes seine subjektiven Unlustgefühle durch ebenfalls von seiner subjektiven Reaktion bestimmten Lustgefühle zu kompensieren, wirkt auf die Lebenshemmung noch nicht ein. Erst dann, wenn der Verletzte selbst tätig wird und die Überwindung oder die Reduzierung seiner Lebensbeeinträchtigung in die Hand nimmt, beginnt die eigentliche Beseitigung des Schadens. Denn erst durch die eigene Anstrengung kann der Verletzte seine immaterielle Einbuße abbauen. Die Geldentschädigung, die dem Verletzten als Schmerzensgeld gezahlt wird, kann hierbei nur die Aufgabe haben, dem Verletzten bei der Überwindung seiner subjektiven Lebenshemmung zu helfen. Der Geschädigte soll das Schmerzensgeld dazu verwenden, sein Schicksal durch eigenes Handeln zu meistern und sich das verlorengegangene Maß an Lebensqualität wieder zu verschaffen. Die Anpassung des Lebensvollzugs an die erlittene Beschädigung ist Sache des Verletzten

---

118) Eickhoff, S. 91

selbst, Geld kann einen Ausgleich unmittelbar nicht bewirken sondern nur fördern[119]. Die dem Verletzten zur Verfügung gestellten Geldmittel können nur insoweit Wiedergutmachungscharakter aufweisen, als sie dem Verletzten Anreiz und Hilfe sein sollen, sich neue Lebensfreude zu erringen. Das Geld kann dem Geschädigten zwar eine größere wirtschaftliche Freiheit verschaffen und ihn von materiellen Sorgen befreien, es kann ihm neue Lebensräume eröffnen, aber die sinnvolle Ausnutzung dieses neu geschaffenen Spielraums ist eine Aufgabe, die ihm niemand abnehmen kann[120].

Der Entschädigung i.S.d. § 847 BGB kann daher nur die Aufgabe zukommen, den Geschädigten in den Genuß der Mittel zu versetzen, die er benötigt, um durch eigenes Tun eine Reduzierung seiner subjektiven Lebenshemmung herbeizuführen und den erlittenen immateriellen Schaden zu überwinden oder ihn zu mindern[121].

Der Schmerzensgeldentschädigung wird auf diese Weise eine Wiedergutmachungsfunktion zugesprochen, der die aktive Beteiligung des betroffenen Rechtssubjektes an der Überwindung des Schadens ihre eigentümliche Prägung verleiht. Sie stellt sich somit nicht als eine Bezahlung für eine unlustbetonte, subjektive Reaktion dar, sondern trägt den Charakter einer Beihilfe zur Schadensbeseitigung.

Maßstab für die Festsetzung des Schmerzensgeldes ist der objektive Schwierigkeitsgrad, mit dem der Verletzte bei der Überwindung der Lebenshemmung zu kämpfen hat. Dies bedeutet jedoch nicht, daß bei der Bestimmung des angemessenen Schmerzensgeldbetrages alle individuellen Merkmale, die in der Person des Verletzten liegen, außer acht gelassen werden und nur

---

119) Eickhoff a.a.O.
120) Eckhoff, S. 79
121) Remé, S. 54

die objektive Schwere der Verletzung allein ausschlaggebend sein soll. Maßgeblich ist nach der hier vertretenen Ansicht der objektive Schwierigkeitsgrad der Überwindung, bezogen auf den Verletzten; so trifft beispielsweise der Verlust des Gehörs den Blinden weitaus härter, der Verlust eines Armes bedeutet für den Beinamputierten eine ungleich schwerere Beeinträchtigung und dies muß sich in der Höhe der zu gewährenden Entschädigung niederschlagen. Nur die subjektive, individuelle Bereitschaft den Schmerz zu verarbeiten, bleibt für die zu gewährende Entschädigung außer Betracht. Allein die objektiv erfaßbaren Faktoren, die für die Überwindung eine Rolle spielen, sind bei der Festsetzung des als Schmerzensgeld zu zahlenden Betrages heranzuziehen. Der objektive Schwierigkeitsgrad bei der Überwindung von Gesundheitsverletzungen wird beispielsweise in erster Linie vom Ausmaß der Gesundheitsstörung bestimmt. Die Feststellung dieses Ausmaßes wird durch den medizinischen Sachverständigen wahrgenommen. Seine Aufgabe ist es, in seinem Gutachten die Gesamtheit der objektiv erfaßbaren, begünstigenden oder erschwerenden Umstände darzustellen, die für die Überwindung oder die Reduzierung der subjektiven Lebenshemmung von Bedeutung sind. Neben diesen rein medizinischen Faktoren verbleiben aber auch noch eine ganze Reihe anderer objektiv erfaßbarer Umstände, von denen die individuelle Lebenssituation des Betroffenen gekennzeichnet wird und die für die Entscheidung des Richters von entscheidender Bedeutung sein können. Hierzu zählen insbesondere Alter und Geschlecht sowie die beruflichen und familiären Verhältnisse des Betroffenen.

Ausschlaggebend bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes soll daher für den Richter, wie Eickhoff treffend formuliert, die Frage sein, "in welchem Umfang der einzelne Verletzte

durch die Verletzung an der Entfaltung seiner persönlichen Anlagen, an der Verwirklichung seines Lebensplanes, an der Erfüllung an ihn herangetragener bestimmter Lebensaufgaben" gehindert ist.[122]

Allein die Tatsache, daß je nach der Persönlichkeit des Verletzten die Fähigkeit und Bereitschaft, den Schmerz zu verarbeiten, verschieden sein kann, muß außer Betracht bleiben, da mit der Entschädigungszahlung nicht die subjektiven Unlustgefühle des Verletzten als solche ausgeglichen werden sollen.[123]

Alle individuellen Unterschiede des Menschen in der subjektiven Reaktion auf den Schmerz, die nicht durch den objektiven Schwierigkeitsgrad der Überwindung abgedeckt werden, wie beispielsweise besondere habituelle Neigungen des Verletzten zur Produzierung oder Aufrechterhaltung bestimmter unlustbetonter Gefühlszustände, fehlende oder besonders starke Widerstandkraft, Schmerzüberempfindlichkeit, besonders starke Wehleidigkeit müssen außer Betracht bleiben.

Es wird hierbei nicht verkannt, daß die hier vertretene Ansicht mit dem in Schadensersatzrecht des BGB allgemein herrschenden Grundsatz, daß eine besondere Schadensgeneigtheit des Opfers in die Risikosphäre des Schädigers fällt, bricht. Dies scheint jedoch nicht nur aus Gründen der Praktikabilität geboten, denn anderenfalls würde das Schmerzensgeld zu einer bloßen Berechtigung für unlustbetonte subjektive Reaktionen und würde so seinen Charakter eines Beitrags zum Schadensersatz verlieren. Die gem. § 847 zu gewährende Entschädigung soll eine Ausgleichsbeihilfe zur Überwindung des immateriellen Schadens sein und nicht mehr.[124]

---

122) Eickhoff, S. 101
123) so aber die Ausgleichstheorie s.o. S. 118 ff
124) so Böttticher, a.a.O.

Schwierigkeiten bereitet allerdings die Lösung der Fälle, bei denen eine derartige Zerstörung der Persönlichkeit des Verletzten eingetreten ist, daß ihm das subjektive Bewußtsein seiner Schädigung verloren gegangen ist. Die konsequente Anwendung der hier vertretenen Ansicht muß in diesen Fällen zur Ablehnung eines Schmerzensgeldes kommen, da keine Möglichkeit besteht, den Geschädigten durch eine Geldzahlung zu entlasten. Die Möglichkeit, hier einen Ersatz zu leisten, ist auf die Naturalrestitution[125] und den Ersatz der dafür erforderlichen Kosten gem. § 249 S. 2 BGB beschränkt.
Dem Einwand, daß der Täter, der einen besonders schweren Deliktserfolg herbeigeführt habe, hierdurch begünstigt werde, muß entgegengehalten werden, daß sogar bei Verletzungshandlungen, die zum Tode des Verletzten geführt haben, die Pflicht zur Zahlung eines Schmerzensgeldes entfällt, wenn nicht der Anspruch noch vor dem Versterben des Verletzten rechtshängig gemacht wurde[126]. Der Versuch des BGH[127], diese Fälle mittels der Genugtuungsfunktion zu lösen und den Geschädigten unter dem Gesichtspunkt der Sühne ein Schmerzensgeld zuzusprechen, kann nicht überzeugen, denn unter diesen besonderen Umständen entfällt auch das Sühnebedürfnis des Verletzten. Wenn der BGH an die Stelle des subjektiven Sühnebedürfnisses eine symbolhafte Sühne setzen will, so zeigt diese gekünstelte Konstruktion einmal mehr, wie weit die Grenze zum Strafrecht bereits überschritten ist.

IV) Schmerzensgeld und allgemeines Persönlichkeitsrecht

Die Diskussion um die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und sein Schutz durch das Zivilrecht ist heute

---

125) s.o. S. 28 ff
126) Eickhoff, S. 107
127) NJW 76,1148

fast verstummt. Es soll daher im folgenden auch nicht noch einmal auf die damit verbundene Problematik im einzelnen eingegangen werden[128]. Nachdem auch das Bundesverfassungsgericht[129] dieses vom BGH im Wege richterlicher Rechtsfortbildung geschaffene Rechtsinstitut als verfassungsgemäß legitimiert hat, soll hier nur untersucht werden, wie sich der von der Rechtsprechung für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewährte Schadensersatzanspruch mit den in der vorliegenden Arbeit herausgearbeiteten Ergebnissen zur Funktion des Schmerzensgeldes vereinbaren läßt.
Während der 1. Zivilsenat des BGH in der berühmten Herrenreiter-Entscheidung[130] unter Hinweis darauf, daß Art. 1 und 2 GG gebieten, den Persönlichkeitsbereich eines anderen zu achten, dem Kläger in analoger Anwendung des § 847 BGB einen Entschädigungsanspruch zusprach, den es noch ganz in der Nähe des Schmerzensgeldanspruchs ansiedelte, löst sich der 4. Zivilsenat im Ginsengwurzelfall[131] gänzlich von der Vorschrift des § 847 und betont ausdrücklich die Eigenständigkeit des Anspruches wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Ein Anlaß zur Differenzierung zu den in § 847 genannten Tatbeständen der Körper-, Gesundheits- oder Freiheitsverletzung sei schon deshalb gegeben, weil der Tatbestand der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts weitaus unbestimmter sei, was bedeute, daß hier viel häufiger Grenzfälle auftreten könnten. Darüber hinaus lasse sich eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts im geistigen Bereich wesentlich schwerer in Geld abschätzen, als dies bei Körperverletzungen der Fall sei.

---

128) auch eine Auseinandersetzung mit der fast unübersehbar gewordenen Literatur soll daher unterbleiben; vgl. hierzu Hartmann NJW 1962, 12 ff, 1964,793 ff; Hubmann, a.a.O.; Wiese, a.a.O.
129) BVerfGE 34,269
130) BGHZ 26,349
131) BGHZ 35,353

Daher müsse stets geprüft werden, ob es nach der Art und Weise der Persönlichkeitsverletzung erforderlich sei, dem Betroffenen, dessen Einbuße nicht auf andere Weise ausgeglichen werden könne, eine Genugtuung für die erlittene Unbill zuzusprechen. Dies könne im allgemeinen nur der Fall sein, wenn dem Schädiger der Vorwurf eines schweren Verschuldens gemacht werden könne oder wenn die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts objektiv erheblich ins Gewicht falle; unbedeutende Beeinträchtigungen erforderten keine Genugtuung[132].

Diese Begründung macht deutlich, daß der von der Sühneidee getragene Genugtuungsgedanke zum beherrschenden Element bei der heute von Rechtsprechung und herrschender Lehre anerkannten Gewährung einer Geldentschädigung wegen einer Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geworden ist. Er ist sogar nicht nur für die Festsetzung des dem Verletzten als Schmerzensgeld zuzusprechenden Betrages maßgeblich, sondern bestimmt vor allem, ob die den Verletzten zugefügten immateriellen Nachteile überhaupt sanktionswürdig sind. Auffallend und systematisch fremdartig ist hierbei, daß die mit dem Genugtuungsgedanken eingeführten Kriterien Schwere des Verschuldens und Erheblichkeit der Beeinträchtigung, die, falls überhaupt, allenfalls auf der Rechtsfolgeseite zu erwarten wären, hier bereits auf der Ebene des haftungsbegründenden Tatbestandes eingeführt werden. Da es immerhin sinnvoll sein kann, auch bei leichtem Verschulden und minder schwerer Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes einen nominellen Schadensersatz zu gewähren - und sei es nur, um die Rechtsverletzung festzustellen -[133] leuchtet diese Entscheidung, von systematischen Bedenken einmal abgesehen, auch von der Sache her nicht ganz ein.

---

132) BGHZ 35,368,369; heute h.M. BGH NJW 62,104; BGH NJW 63, 902; BGH NJW 71,698

133) vgl. die nominal damages im anglo-amerikanischen Recht; s.o. S. 108 ff

Der Genugtuungsgedanke, der durch den Beschluß des großen Zivilsenates vom 6. 7. 1955 in das Schadensersatzrecht des BGB eingeführt worden war, um gewisse Anomalien bei der Schmerzensgeldbemessung, wie beispielsweise die Berücksichtigung des Täterverschuldens und der Vermögensverhältnisse der Beteiligten zu legitimieren, tritt nun bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den Vordergrund. Während der große Senat noch daraufhingewiesen hatte, die Ausgleichsfunktion des Schmerzensgeldes sei das Primäre, und betont hatte, daß der Genugtuungsgedanke bei der Festsetzung der nach § 847 zu gewährenden billigen Entschädigung lediglich mitschwinge, erlangt dieser im Persönlichkeitsschutz als zentrale Funktion des Entschädigungsanspruches auch für die Haftungsbegründung eine überragende Bedeutung[134].

Der Unterschied des für die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zugebilligten Genugtuungsanspruchs zum Schmerzensgeld i.S.d. § 847 wird auch in der Formulierung des BGH[135] deutlich, daß, wenn in das Persönlichkeitsrecht eines anderen leichtfertig aus dem materiellen Grund eingegriffen wurde, um die eigene kommerzielle Werbung zugkräftig zu gestalten, einem solchen unlauteren Gewinnstreben nur entgegengetreten werden könne, wenn es mit dem Risiko eines fühlbaren materiellen Verlustes belastet werde. Hier kommen ganz deutlich generalpräventive Erwägungen zum tragen, die in der bisherigen Rechtsprechung zum Schmerzensgeld unbekannt waren. Damit wird aber der Bereich des zivilrechtlichen Schadensersatzrechts endgültig verlassen, denn generalpräventive Erwägungen als tragende Rechtfertigung einer Regelung sind im Strafrecht beheimatet[136].

---

134) so Köndgen, S. 68; Honsell, a.a.O., S. 205; Stoll Gutachten S. 5

135) BGHZ 35,369

136) Köndgen, S. 70; Stoll Gutachten, S. 6; siehe hierzu auch oben S.152 ff

Dies bedeutet aber, daß die allein unter dem Gesichtspunkt der Genugtuung zuerkannte Entschädigung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nichts anderes darstellt als eine Privatstrafe. Es muß zwar zugegeben werden, daß der von der Rechtsprechung entwickelte zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz eine empfindliche Rechtsschutzlücke in unserer Rechtsordnung geschlossen hat, da das Strafrecht für das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur einen unzureichenden und kaum funktionsfähigen Schutz bot. Dennoch ändert dies nichts an der Systemwidrigkeit einer Privatstrafe in unserem Zivilrecht[137].

Es ist sicherlich nicht richtig, wenn behauptet wird, nur mit Hilfe der Genugtuungsfunktion könne das allgemeine Persönlichkeitsrecht wirksam geschützt werden[138]. Auch im Bereich des Persönlichkeitsrechts kann man es als funktionsgerechte Bedeutung der Schadensersatzleistung ansehen, die durch die Verletzung verursachte subjektive Lebenshemmung des Betroffenen zu überwinden. Insoweit ist der Unterschied zu den Fällen der Körper- und Gesundheitsverletzung gem. § 847 I BGB nicht so gravierend, daß es der Einführung der Genugtuungsfunktion bedurft hätte.

Diejenigen Fälle jedoch, die die Grenzen schadensersatzrechtlicher Wiedergutmachung überschreiten, liegen außerhalb der Kompetenz zivilrechtlicher Sanktionierung. Die sich hieraus ergebende Rechtschutzlücke kann auch de lege ferenda nur durch einen entsprechenden strafrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschlossen werden.

---

137) s.o. S. 154 ff

138) Großfeld, S. 97 ff; Hubmann, S. 353; Krüger-Nieland, S. 640

6. Kapitel

Die Festsetzung des Schmerzensgeldes

Das BGB spricht in § 847 dem Geschädigten wegen des ihm entstandenen Nichtvermögensschadens eine "billige Entschädigung" in Geld zu. Wesentliche Bedeutung bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes kommt dabei dem Begriff der Billigkeit zu.

I) Der Begriff der Billigkeit

Die Ausdrücke"billig" oder "Billigkeit" finden wir in mehreren gesetzlichen Vorschriften. So wird in zahlreichen Rechtsnormen der Wille des Gesetzgebers eine Entscheidung oder Maßnahme in das Ermessen des Richters oder der Parteien zu stellen, durch die Verwendung des Begriffs "Billigkeit" ausgedrückt. Während allerdings bei einer Gruppe von Vorschriften, in denen von billigem Ermessen oder Billigkeit gesprochen wird, diese Begriffe ausdrücklich näher umschrieben werden und vom Gesetzgeber ergänzende Maßstäbe und Gesichtspunkte angeführt werden, die für die Festlegung dessen, was billig ist, berücksichtigt werden müssen, fehlen in anderen Vorschriften entsprechende Richtlinien.
So ordnen die §§ 1361, 1579 BGB (alte Fassung) sowie die §§ 59, 60 und 61 EheG[1)] an, daß bei der Festsetzung des als Unterhalt zu zahlenden Betrages die Bedürfnisse sowie die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse beider Ehegatten zu berücksichtigen sind.

---

1) neu gefaßt und geändert mit Wirkung vom 1.7.77 durch Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 16.6.1976

Gemäß § 660 BGB ist die Belohnung bei der Auslobung dann, wenn mehrere an dem Erfolg beteiligt waren, so nach billigem Ermessen zu verteilen, daß der Anteil eines jeden an dem Erfolg berücksichtigt wird.
In § 745 II BGB wird jedem Mitglied einer Gemeinschaft das Recht zugebilligt, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung zu fordern. Gemäß § 920 II ist in den Fällen einer Grenzverwirrung die neue Grenze so zu ziehen, wie es nach den Interessen der Beteiligten der Billigkeit entspricht und gemäß § 1024 kann beim Zusammentreffen gleichrangiger Nutzungsrechte eine dem billigen Ermessen entsprechende Regelung verlangt werden, die den Interessen aller Beteiligten entspricht. In § 1246 schließlich ist bestimmt, daß jeder Beteiligte, eine von den Vorschriften der §§ 1235 bis 1240 abweichende Art der Pfandveräußerung verlangen kann, wenn dies nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten entspricht. Diesen Vorschriften, die in ihrem Tatbestand eine weitere Konkretisierung des Begriffes "Billigkeit" enthalten, steht eine andere Gruppe von Rechtsnormen gegenüber, in denen allein von Billigkeit und billigem Ermessen gesprochen wird, ohne daß sie einen weiteren Bestimmungshinweis enthalten. Hierzu zählen die §§ 315, 317, 319, 971, 1844, 2048 und 2156 BGB, § 2 der HausratsVO und § 43 des Wohnungseigentumsgesetzes.
Wie in den Vorschriften der letztgenannten Gruppe hat der Gesetzgeber auch in § 847 keine Bestimmungsfaktoren aufgeführt, an Hand deren der Begriff der Billigkeit näher konkretisiert werden könnte. Hieraus muß geschlossen werden, daß es für die Auslegung des Billigkeitsbegriffes in dieser Vorschrift nicht auf solche ungenannten Bestimmungsmerkmale ankommen kann[2].

---

2) Beauvais, S. 205

Denn hätte der Gesetzgeber das gewollt, so hätte er dies wie in den genannten Vorschriften der ersten Gruppe ohne weiteres in den Tatbestand des § 847 aufnehmen können. Daraus, daß er es nicht getan hat, kann gefolgert werden, daß allein eine dem Normzweck des § 847 entsprechende Auslegung des Wortes "billig" in Frage kommt[3].

Somit ist es unzulässig, aus einem Vergleich mit anderen, eigentlich völlig unvergleichbaren Vorschriften des BGB zu folgern, daß das Gesetz, wenn es eine Leistung nach den Grundsätzen der Billigkeit bemessen wolle, in der Regel sämtliche in Betracht kommende Umstände des Einzelfalles und hierbei insbesondere die Verhältnisse der Beteiligten berücksichtigt wissen wolle[4]. Diese Umstände können nur dann berücksichtigt werden, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich angeordnet hat.

Dieses Ergebnis wird auch durch einen Vergleich zwischen § 847 und § 829 erhärtet. Eine Gegenüberstellung dieser beiden Vorschriften liegt deshalb nahe, weil beide zum Recht der unerlaubten Handlung gehören und auch § 829 eine Billigkeitsregelung beinhaltet. § 829 BGB enthält eine Ausnahme des im Schuldrecht herrschenden Grundsatzes der Verschuldenshaftung. In dieser Vorschrift wird für den Fall, daß der Schädiger für den angerichteten Schaden nicht verantwortlich ist, bestimmt, daß er dennoch verpflichtet ist, den Schaden insoweit zu ersetzen, als es die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten gebietet.

---

3) Dies übersieht auch der Große Senat des BGH a.a.O., der zwar versucht, bei der Bestimmung des Begriffs "billig" § 847 mit anderen Vorschriften zu vergleichen, aber nicht erkennt, daß das BGB zum einen Tatbestände normiert, in denen allein auf die Billigkeit abgestellt wird, wie dies auch in § 847 BGB geschieht, in anderen Normen, aber noch zusätzliche Faktoren aufführt.

4) a.A. BGH a.a.O.; Staudinger, § 829 Anm. 2; Deutler, S. 107

§ 829 begründet also für die Fälle, in denen derjenige, der einen Schaden verursacht hat, aber mangels Zurechnungsfähigkeit grundsätzlich nicht haftet, im Wege einer Sonderregelung dennoch eine Verpflichtung des Schädigers zum Schadensersatz, wenn es im Hinblick auf seine Leistungsfähigkeit unbillig erscheint, den Geschädigten leer ausgehen zu lassen. § 829 führt demnach einen eigenen, vom Verschuldensprinzip entkleideten Haftungsgrund in das Recht der unerlaubten Handlung ein, nämlich die Billigkeit[5]. Hierbei ordnet das Gesetz an, daß ein an sich der Höhe nach feststehender Vermögensschaden einerseits und die Umstände, zu denen die beiderseitigen Vermögensverhältnisse, die sonstigen Lebensverhältnisse, die Bedürfnisse, die soziale Stellung sowie die Umstände der Tat selber gehören andererseits,zueinander ins Verhältnis gesetzt werden sollen[6]. Beim Vergleich dieser Faktoren ist zu entscheiden, ob und inwieweit die Billigkeit eine Schadloshaltung des Geschädigten für den ihm entstandenen Schaden erforderlich macht.

Ganz anders dagegen liegen die Verhältnisse im Fall des § 847 BGB, denn bei dem Schmerzensgeld handelt es sich um einen ganz andersartigen Anspruch, der auf dem Verschuldensprinzip basiert. In § 847 wird nicht wie in § 829 ein neuer, eigentlich systemwidriger Haftungsgrund normiert, sondern diese Vorschrift enthält lediglich eine Regelung der Frage, in welchem Umfang ein durch eine unerlaubte Handlung verursachter Nichtvermögensschaden durch Geldzahlung auszugleichen ist. Während im Rahmen des § 829 überhaupt erst angeordnet ist, daß derjenige, der an und für sich für den von ihm angerich-

---

5) Die Aufnahme des § 829 in das BGB war zunächst auch von der 1. Kommission aufgrund der Durchbrechung des Verschuldensprinzips abgelehnt worden (Mot. II S. 734) später jedoch als Ausnahmevorschrift aufgenommen, um dem modernen Rechtsbewußtsein und der allgemeinen sittlichen Überzeugung zu genügen, daß eine Schadloshaltung des Verletzten in den genannten Fällen erforderlich sei (Prot. II S. 589)

6) RGRKomm. § 829 Anm. 5; Palandt, § 829 Anm. 5; v. Beauvais, S. 207

teten Schaden nicht verantwortlich ist, dennoch aus Billigkeitsgründen haftet, und somit der Haftungsgrund erst dann entsteht, wenn die Billigkeit dies erfordert, trifft § 847 eine Regelung über die Festsetzung einer Entschädigungsleistung, die unzweifelhaft geschuldet wird, deren Umfang und inhaltliche Bestimmung wegen der Art der Schädigung lediglich nur schwierig zu ermitteln ist.

Hinzu kommt, daß im Gegensatz zu § 829 in § 847 ein Hinweis darauf, daß die besonderen Umstände des Falles in irgend einer Weise zu berücksichtigen sind, völlig fehlt. Darüber hinaus fehlt auch anders als in § 829 die Regelung, daß durch die Schadensersatzleistung nicht dem Schädiger die für seinen standesgemäßen Unterhalt und die Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten erforderlichen Mittel entzogen werden dürfen.

Aus dieser vom Gesetzgeber eindeutig unterschiedlich getroffenen Regelung läßt sich schließen, daß die Auslegung des Begriffes Billigkeit i.S.d. § 847 eine andere sein muß, als in § 829. Keinesfalls darf mit dem Argument, § 829 enthalte eine Definition der Billigkeit, die auch für § 847 gelten müsse[7], der im Wortlaut des § 847 klar zum Ausdruck gekommene Wille des Gesetzgebers umgangen werden.

Das hier gewonnene Ergebnis wird auch von folgender Überlegung gestützt: Immer dann, wenn ein nach § 827, § 828 Nichtverantwortlicher einen immateriellen Schaden, der nach § 847 zu ersetzen wäre, verursacht hat, müßten - folgt man der Ansicht des BGH - seine persönlichen Verhältnisse zweimal geprüft werden, einmal im Rahmen des § 829 bei der Frage, ob und inwieweit eine Haftung aus Billigkeitsgründen überhaupt in Frage kommt, und zum anderen im Rahmen des § 847 bei der Bemessung des Schmerzensgeldes.

---

7) so BGH NJW 55, 1675

Aus all dem kann gefolgert werden, daß es im Rahmen der Billigkeitsprüfung, die § 847 anordnet, nicht wie in § 829 auf die jeweiligen Umstände ankommt, sondern daß im Gegenteil solche Umstände, die außerhalb des gesetzlichen Tatbestandes des § 847 liegen, gerade nicht unter den Begriff der Billigkeit subsumiert werden können. Bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs für einen immateriellen Schaden kommt es daher nur auf die Angemessenheit der Entschädigungssumme im Verhältnis zu dem entstandenen Schaden an. § 847 fordert lediglich, daß die Erwägungen, die bei der Ermittlung der Höhe des Schmerzensgeldes angestellt werden, billig sein müssen. Billigkeit i.S.d. § 847 bedeutet daher schadensangemessen[8].

Die Besonderheit besteht beim Nichtvermögensschaden jedoch darin, daß im Gegensatz zum materiellen Schaden ein bestimmtes Maß für die Angemessenheit der festzustellenden Entschädigung nicht vorhanden ist. Die Angemessenheit des Ersatzes für einen Vermögensschaden ergibt sich aus dem Prinzip des vollen Schadensausgleichs. Da die Höhe des materiellen Schadens unschwer festzusetzen ist, wirft auch die Frage nach der Angemessenheit des zu leistenden Ersatzes keine Probleme auf. Ganz anders hingegen bei Nichtvermögensschäden, wo im Rahmen des § 847 eine Bewertung des immateriellen Schadens in Geld erforderlich wird. Eine solche Umsetzung der erlittenen Schmerzen und Leiden in Geld kann schon aus der Natur der Sache heraus[9] nur annäherungsweise erfolgen. Es bleibt dem erkennenden Richter nur die Möglichkeit, an Hand der Intensität

---

8) Bei der Beratung des Reichstags zu § 1300, der ebenfalls eine billige Entschädigung gewährt, wurde dies ausdrücklich erwähnt. Das Wort "angemessen" wurde nur deshalb nicht verwendet, weil es dem Wesen der Sache nicht ganz entspreche und das Wort "billig" nicht zu Fehldeutungen führen könne.

9) der immaterielle Schaden bestimmt sich ja gerade durch seine Inkommensurabilität in Geld, s.o. S.

der Beeinträchtigung und der damit verbundenen subjektiven Lebenshemmung einen Geldbetrag abzuschätzen, der die damit bezweckte Rehabilitation des Verletzten herbeiführen kann.

Das Tatbestandsmerkmal "billig" i.S.d. § 847 enthält daher eine Anweisung an den Richter, im Rahmen des ihm zugewiesenen Ermessens den Geldwert festzusetzen, der ihm nach der Intensität des vorliegenden Schadens im Hinblick auf die Funktion des Schmerzensgeldes und den Schutzzweck des § 847 angemessen erscheint[10].

Welche Umstände nun allerdings im Einzelfall bei der Bewertung eines immateriellen Schadens und der Festsetzung der zur Wiedergutmachung erforderlichen Entschädigungssumme zu berücksichtigen sind, läßt sich nicht generell sagen. Es sollen daher im folgenden Einzelfragen, die immer wieder Anlaß zur Diskussion in Rechtsprechung und Lehre gegeben haben, im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Schmerzensgeldfestsetzung untersucht werden.

II) Das Verschulden des Schädigers als Kriterium für die Festsetzung des Schmerzensgeldes

A) Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre

Nach heute wohl noch herrschender Ansicht in Rechtsprechung[11] und Lehre[12] soll es bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes wesentlich darauf ankommen, ob den Schädiger ein mehr oder weniger schweres Verschulden trifft. Wie im Strafrecht[13] soll insbesondere nach der Meinung des BGH der Verschuldensgrad

---

10) hierzu auch Kiesling S. 7; Hirsch, a.a.O, S. 311

11) RGZ 136,60; RGZ JW 33,832; RG DR 41,1298; RG JW 36,516; BGHZ 18,149; BGH VersR. 1961,164

12) Geigel, NJW 54,707; Dickertmann NJW 54,1757; Erman § 847 Anm. 3b; Planck, § 847 Anm. 3; Wussow DRZ 50,273; Deutler, S. 112 ff

13) § 46 I StGB:"Die Schuld des Täters ist die Grundlage für die Zumessung der Strafe."

Einfluß auf die dem Schädiger aufzuerlegende Entschädigungszahlung haben. So müsse bei vorsätzlicher Schädigung ein höheres Schmerzensgeld zugebilligt werden als bei einer gleichartigen, nur leicht fahrlässig verursachten Rechtsgutverletzung. Dies wird damit begründet, daß die vorsätzliche oder grob fahrlässige Herbeiführung des Schadens den Geschädigten verbittere. Dieser sei nach allgemeiner Lebenserfahrung weitaus eher geneigt, einen durch leichte Fahrlässigkeit verursachten Schaden hinzunehmen. Im übrigen fordere auch die Billigkeit, daß bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes vorsätzliches oder grob fahrlässiges Verhalten des Schädigers zu seinen Ungunsten, leicht fahrlässiges Verhalten jedoch zu seinen Gunsten berücksichtigt werde. So werde die Berücksichtigung des Verschuldens auf zweierlei Weise für die Zumessung der Entschädigung im Rahmen des § 847 bedeutsam. Zunächst könne durch den Grad des Verschuldens die Größe des Schadens beeinflußt werden, zum zweiten habe das Verschulden Einfluß auf die Intensität der persönlichen Empfindung des Geschädigten und erhöhe somit die vom Schädiger zu leistende Genugtuung. Der immaterielle Schaden müsse in eine direkte Abhängigkeit zur verbrecherischen Intensität des Schädigers gebracht werden; die Aufgabe des Schmerzensgeldes, das Unrecht wiedergutzumachen, das der Verletzte erdulden mußte, und die Mißachtung der Persönlichkeit zu tilgen, die in der Verletzung der ideellen Güter des Geschädigten zum Ausdruck komme, rechtfertige es, den Verschuldensgrad bei der Festsetzung der Entschädigung zu berücksichtigen, da die Größe der Mißachtung ebenfalls hiervon abhänge[14].
Ein Überblick über die neuere Rechtsprechung[15] zu dieser Frage zeigt, daß der Verschuldensgrad des Täters nie unter dem

---

14) so auch Deutler, S. 112
15) OLG Nürnberg, VersR. 68,78; OLG Saarbrücken, NJW 75,1468; BGH VersR. 1961,164

Gesichtspunkt einer zu gewährenden Minderung der Schadensersatzpflicht gesehen, sondern stets nur zur Erhöhung des Schmerzensgeldes angesetzt wird. Hierbei scheut man sich auch nicht, die Schadenshöhe als oberste Grenze der Ersatzpflicht preiszugeben. Es wird vielmehr gefordert, daß der besondere Grad des Verschuldens eine Erhöhung des gebotenen Betrages notwendig zur Folge habe. Das Verschulden des Schädigers soll immer dann als selbständiger Faktor von Bedeutung sein, wenn es dem zu beurteilenden Schadensfall ein besonderes Gepräge gibt. Dann aber müsse ein besonders schweres Verschulden auch eine höhere als die vielleicht übliche Bemessung des Schmerzensgeldes nach sich ziehen[16].

Allerdings soll ein geringeres Verschulden nicht notwendigerweise zu einer Herabsetzung des Schmerzensgeldes führen, das an und für sich bei der konkreten Rechtsgutverletzung als angemessen erachtet wird. Dies soll erst bei völligem Fehlen eines GenugtuungsbedÜrfnisses auf Seiten des Geschädigten - wie beispielsweise bei einer Haftung ohne Verschulden - obligatorisch sein.

Auffällig ist in diesem Zusammenhang auch, daß der BGH[17] für die Fälle der Persönlichkeitsverletzung, bei denen die Genugtuungsfunktion eine überragende Rolle spielt, schon als Haftungsvoraussetzung ein schweres Verschulden des Schädigers fordert[18].

B) Kritik der herrschenden Meinung

GegenÜber der Auffassung, nach der dem Verschulden des Schädigers für die Festsetzung des Schmerzensgeldes eine wesent-

---

16) BGH Vers.R. 1958,849
17) BGHZ 35,362 (Ginsengwurzelfall)
18) vgl. hierzu S. 177 ff

liche Bedeutung zukommt, sind Stimmen der Kritik laut geworden[19].

Die Kritik setzt schon bei der dem Schmerzensgeld zugewiesenen Genugtuungsfunktion an und weist bei der Frage nach der Berücksichtigung des Verschuldensgrades nachdrücklich darauf hin, daß der Geldentschädigung jedes poenale Element fremd sei. Durch die Berücksichtigung des Verschuldensgrades erhalte das Schmerzensgeld aber einen deutlichen Strafcharakter.

In der Tat läßt sich eine Berücksichtigung des Verschuldens mit dem Charakter des Schmerzensgeldanspruches als Schadensersatzanspruch nicht vereinbaren. Das zivilrechtliche Schadensersatzrecht, das auf dem Prinzip des Alles oder Nichts beruht, fordert eine Auseinandersetzung mit der Frage nach dem Verschulden nur dort, wo dies im Rahmen der Haftungsgrundlage relevant ist. Für die Art und die Höhe der Entschädigung spielt es indes nirgends eine Rolle, denn die Höhe des zu leistenden Schadensersatzes bestimmt sich allein nach der objektiv feststellbaren Schadenshöhe.

Selbst der von der h.M. zur Stützung ihrer Ansicht vorgenommene Rückgriff auf Billigkeitsgesichtspunkte läßt eine Berücksichtigung des Verschuldens im dort vertretenen Sinne einer generellen Proportionalität zwischen Verschuldensgrad und Haftungshöhe nicht zu, denn dies würde in vielen Fällen geradezu ungerechte Ergebnisse nach sich ziehen. So könnten, folgte man der h.M.,bei gleicher Verletzung zweier Personen, wie beispielsweise dem Verlust eines Auges, zwei verschieden hohe Schmerzensgeldbeträge zuerkannt werden, wenn der eine Schädiger leicht fahrlässig, der andere grob fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Zu noch größerer Unbilligkeit

---

19) Peterßen, JW 1936,2965; Seydel, NJW 54,1018

führt die konsequente Anwendung dieser Ansicht dann, wenn der eingetretene Verletzungserfolg in dem einen Falle auf einen Tatbestand zurückzuführen ist, bei dem das Gesetz eine Haftung auch ohne Verschulden anordnet, wie beispielsweise bei der Haftung für Luxustiere gem. § 833 BGB. Dann müßte das Schmerzensgeld besonders niedrig bemessen werden oder es müßte ein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Fällen der Verschuldenshaftung und der Gefährdungshaftung gemacht werden, wobei sich allerdings im Gesetz für eine solche Differenzierung kein Anhaltspunkt finden läßt. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers muß daher geschlossen werden, daß auch für die Fälle der Gefährdungshaftung oder aus vermutetem Verschulden sowohl für den materiellen als auch für den immateriellen Schaden voller Ersatz verlangt werden kann.

Die von der Rechtsprechung geforderte generelle Proportionalität zwischen Verschuldensgrad und Entschädigungshöhe ist dem deutschen Schadensersatzrecht fremd. Die Höhe des Verschuldens darf keinen Maßstab für die Festsetzung des Schmerzensgeldes bilden.

Es kann zwar nicht geleugnet werden, daß ein besonders leichtfertiges oder rücksichtsloses Verhalten den Geschädigten im hohen Maße verbittern kann, es muß hierbei jedoch beachtet werden, daß es sich auch bei dem immateriellen Schaden um Nachteile handelt, die aus dem Erfolg entstehen, wohingegen die Verbitterung über den Verschuldensgrad aus dem Zuwiderhandeln des Schädigers gegen den Normbefehl resultiert und - beispielsweise im Falle des Versuchs - den Eintritt des Erfolges nicht einmal notwendigerweise voraussetzt[20]. Durch ein schweres Verschulden wird höchstens die durch die schuldhafte Normverletzung erfolgte Kränkung des Rechtsgefühls und

---

20) Hirsch, a.a.O., S. 307

die Entrüstung des Geschädigten über das ihm in besonders schuldhafter Weise zugefügte Unrecht intensiviert. Diese schmerzliche Empfindung, die der Verletzte über den im hohen Maße schuldhaften Rechtsbruch empfindet, ist zwar ein (positiver) Ausdruck seines Rechtsempfindens, bezahlen lassen kann er sich dies jedoch nicht[21].

Es besteht keine Veranlassung, den immateriellen Schaden anders zu behandeln als den Vermögensschaden. Bei der Beschädigung eines Vermögensgutes käme niemand auf den Gedanken, dem Geschädigten für die Besänftigung seines Rechtsgefühls einen besonderen Betrag zu gewähren. Die Entrüstung eines Rechtsgenossen über den Rechtsbruch des Schädigers, der beispielsweise einen Verkehrsunfall schuldhaft verursacht hat, dürfte aber gleich groß sein, gleichgültig, ob er letztlich nur zu Beschädigungen am Wagen oder zu einer Körperverletzung geführt hat, ja er kann sogar bei einem großen Sachschaden durchaus größer sein, als bei einer leichten Körperverletzung. Es verbietet daher schon der Charakter des Schmerzensgeldanspruches als echter Schadensersatzanspruch das Verschulden des Schädigers zu berücksichtigen. Die zu ersetzende Unbill des Geschädigten ist so zu veranschlagen, als liege überhaupt kein Verschulden des Verletzten an der eingetretenen Rechtsverletzung vor[22].

III) Die Vermögensverhältnisse des Schädigers als Kriterium für die Festsetzung des Schmerzensgeldes

A) Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre

Ebenso wie die Frage nach der Berücksichtigung des Verschuldensgrades auf Seiten des Schädigers hat auch das Problem, ob bei der Schmerzensgeldfestsetzung die Vermögensverhältnisse

---

21) Hirsch, a.a.O., S. 317
22) Hirsch, a.a.O., S. 312; v. Beauvais, S. 223

des Täters zu beachten sind, immer wieder Anlaß zur Diskussion gegeben.

Die heute noch herrschende Ansicht in Lehre[23] und Rechtsprechung[24] geht davon aus, daß es bei der Festsetzung des als Schmerzensgeld zu zahlenden Betrages wesentlich auf die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Schädigers ankommt. Soweit sich die herrschende Meinung zur Begründung ihrer Ansicht auf die in § 847 BGB geforderte Billigkeit beruft, so kann dies, wie oben gezeigt, nicht als zwingendes Argument anerkannt werden, denn die Billigkeit i.S. dieser Vorschrift soll nichts anderes bedeuten als Schadensangemessenheit; eine Berücksichtigung aller möglichen Begleitumstände wird jedoch damit nicht postuliert.

Gegen die ständige, jahrzehntelang einheitliche Rechtsprechung des Reichsgerichts, das unumschränkt auf die Vermögensverhältnisse des Schädigers abstellte, haben sich in der Rechtslehre als erste Walter[25] und Peterßen[26] gewandt. Ihrem Hinweis, eine Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Schädigers vereinbare sich nicht mit dem übrigen Schadensrecht, schenkte man jedoch zunächst wenig Beachtung. Erst im Jahre 1952 schloß sich der dritte Zivilsenat des BGH[27] der Meinung von Walter und Peterßen an und brach so mit der bisherigen ständigen Rechtsprechung. Dieser Entscheidung folgten die meisten Oberlandesgerichte und gaben die alte Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage auf. Im Schrifttum stieß diese Wende in der Rechtsprechung einerseits auf verhaltene Zustimmung[28],

---

23) Palandt, § 847; Staudinger, § 847 Anm. 4; Fischer, S. 313; Geigel, NJW 54,706; Böttinger, VersR. 53,197; Böhmer, VersR. 54,105

24) RGZ 63,105; 76,175; RGJW 15,920; RG JW 25,2599; RG JW 34, 2769; RG JW 41,1298; OLG Hamburg, DR 41,384; OLG Stuttgart, VersR. 34,5; BGH NJW 54,1039, BGH NJW 55,1675

25) JW 36,2773

26) JW 36,2965

27) BGHZ 7,223

28) Lehman, JZ 53,41; Geelhaar NJW 53,1281; Weigelt DAR 1953,14; Geigel NJW 53,99

andererseits aber auch auf entschiedene Ablehnung[29]. Der VI. Zivilsenat des BGH hat sich zunächst in einem Urteil vom 11.2.53[30] der Entscheidung des III. Senates ausdrücklich angeschlossen, dann jedoch hat er in einem Urteil vom 16.4.54[31] seine Meinung hierzu wieder geändert und ist zur alten reichsgerichtlichen Rechtsprechung zurückgekehrt. Auf Anfrage des VI. Senates wurde dieser Meinungsstreit vom Großen Zivilsenat am 6.7.1955[32] zu Gunsten der vom VI. Zivilsenat vertretenen Anschauung entschieden, wonach die Vermögensverhältnisse des Schädigers bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes Beachtung finden müsse. Dies begründet der BGH damit, daß das Gesetz in § 847 BGB das Ausmaß der für die immateriellen Schäden zu gewährenden billigen Entschädigung unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles bestimmt wissen wolle. Daher könne es eine an sich angemessene Entschädigung auch nicht geben und die Berücksichtigung der schlechten wirtschaftlichen Verhältnisse des Schädigers dürfe nicht zu einer Herabsetzung der an sich angemessenen Entschädigung führen; sie sei vielmehr ein notwendiges Element zur Ermittlung der Summe Geldes, die im konkreten Falle als billige Entschädigung angesehen werden könne.

B) Kritik der herrschenden Meinung

Der Argumentation des Bundesgerichtshofs kann nicht gefolgt werden. Sie geht zunächst,wie bereits oben nachgewiesen, von einer unrichtigen Interpretation des Begriffes Billigkeit i.S.d. § 847 BGB aus. Ferner steht die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse in krassem Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen des Schadensrechts. Die Pflicht zum Ersatz des angerichteten Schadens ist stets - sieht man einmal von

---

29) Ehrenzweig VersR. 53,80; Böttinger VersR. 53,197; Böhmer VersR. 54,104
30) NJW 53,1616
31) NJW 54,1034
32) NJW 1955,1675

der unbestreitbar unterschiedlichen Schadenshöhe infolge unterschiedlicher Werte des verletzten Rechts oder des durch die Verletzung verursachten materiellen Folgeschadens (wie beispielsweise beim Verdienstausfall des Körperverletzten) ab - von den wirtschaftlichen Verhältnissen der Beteiligten völlig unabhängig.

Da die Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden echter Schadensersatz ist, muß auch hier die Leistungsfähigkeit desjenigen, der für den Schaden verantwortlich ist, außer Betracht bleiben. Der Versuch, immaterielle Rechte geringer zu bewerten, weil der Schädiger keine materiellen Güter hat, bedeutet eine Schlechterstellung der ideellen Rechte gegenüber den Vermögensrechten, die im Gesetz keine Grundlage findet. Wenn auch in § 253 für den Schadensersatz bei der Beeinträchtigung immaterieller Recht vom Gesetzgeber Einschränkungen vorgenommen worden sind, so doch nicht hinsichtlich der Festsetzung der zu gewährenden Entschädigung. Eine solche Ungleichbehandlung der Vermögensschäden und der Nichtvermögensschäden muß als unbillig und unangemessen angesehen werden. Es ist unverständlich, warum der bei dem gleichen Unfall erlittene Vermögensschaden vom Schädiger in vollem Umfang ersetzt werden soll, die vom Verletzten erlittenen ideellen Schäden wie Schmerzen und dauernde Gesundheitsbeeinträchtigung hingegen nur deshalb geringer geschätzt werden sollen, weil der Schädiger in schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen lebt. Entschieden zu weit geht es, dieses, jedem natürlichen Gerechtigkeitsempfinden widersprechende Ergebnis auch noch auf Billigkeitsgründe zu stützen.

Gleiches muß aber auch für den Fall gelten, daß der Schädiger besonders wohlhabend ist. Ebenso wie die ungünstigen Vermögensverhältnisse des Täters nicht zu Lasten des Geschädigten gehen dürfen, kann auch die günstige wirtschaftliche Lage des Schädigers nicht zugunsten des Verletzten wirken. Auch dies wäre

mit dem Postulat der Billigkeit im Sinne von Schadensangemessenheit nicht vereinbar. Es kann nicht angehen, daß der gleiche Schaden höher oder niedriger bewertet wird, je nachdem ob ein Millionär oder ein Bettler dafür verantwortlich ist, sofern nicht das Gesetz ausdrücklich, wie im Falle des - jedoch anders gelagerten - § 829, eine Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse vorschreibt.

In erhebliche Schwierigkeiten gerät man bei der Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Schädigers dann, wenn mehrere Personen, deren wirtschaftliche Verhältnisse sich erheblich voneinander unterscheiden, gesamtschuldnerisch für einen immateriellen Schaden haften. Soll man nun das Schmerzensgeld für jeden der einzelnen Täter getrennt festsetzen und dann das arithmetische Mittel daraus bilden, oder soll jeder Mittäter nur nach seinen Vermögensverhältnissen haften und nur bis zur Höhe der für ihn festgesetzten Haftungssumme Gesamtschuldner sein, während für den überschießenden Betrag nur der jeweils hierzu verpflichtete wirtschaftlich besser stehende Schädiger haftet?[33)]

Desweiteren sprechen auch praktische Gesichtspunkte gegen eine Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Schuldners. Das Erkenntnisverfahren würde unnötigerweise mit der Erforschung der Vermögensverhältnisse belastet. Hierbei würde es nicht genügen, eine Auskunft beim Finanzamt einzuholen oder sich die Einkommensteuererklärung des Schädigers vorlegen zu lassen. Die dem Finanzamt gegenüber gemachten Angaben entsprechen nämlich, wie die Erfahrung zeigt, nicht immer den tatsächlichen Vermögensverhältnissen, dies insbesondere deshalb, weil hierbei besondere steuerrechtliche Aspekte eine Rolle spielen, wie Abschreibung, Freibeträge usw.

Darüber hinaus zeigt die Praxis, daß viele Steuererklärungen

---

33) so RG JW 13, 31 und BGH Gr. ZS a.a.O.

schon Monate bzw. Jahre zurückliegen und somit keinen Anhaltspunkt für den augenblicklichen Vermögensstand des Schädigers geben können. Hinzu kommt, daß es für den Verletzten, der in seiner zivilprozessualen Rolle als Kläger für die ihm günstigen Behauptungen die Beweisführungslast hat, fast unmöglich ist, substantiiert bezüglich der Vermögensverhältnisse des Schädigers vorzutragen.

Die Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes bedeutet daher einen erheblichen Unsicherheitsfaktor, der im Zivilprozeß dem erkennenden Richter eine Last aufbürdet, die vielfach trotz größtem Bemühen nur zu unsicheren Ergebnissen führen kann.

Hinzu kommt die Frage, was denn geschehen soll, wenn die Vermögensverhältnisse des Schädigers sich ändern. Welcher Zeitpunkt soll für die Bemessung maßgeblich sein, der Zeitpunkt des Schadensereignisses, die Klageerhebung oder die letzte mündliche Verhandlung? Wie steht es, wenn die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters sich nach Rechtskraft des Urteils ändern? Soll dann, wenn eine Schmerzensgeldrente zugesprochen wurde, aus Billigkeitsgründen eine Abänderungsklage gem. § 323 ZPO zugelassen werden, um das Schmerzensgeld den veränderten Umständen anpassen zu können?[34)]

Hinzu kommt, daß eine Beachtung der Vermögensverhältnisse dann, wenn der Täter völlig mittellos ist, überhaupt nicht mehr möglich ist. In diesem Falle müßte konsequenterweise die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes ausgeschlossen sein. Dieses Ergebnis wird jedoch auch von der h.M. abgelehnt. In der Rechtssprechung[35)] ist im Gegenteil immer wieder darauf hingewiesen worden, daß dem Verletzten der Anspruch auf Schmerzens-

---

34) so BGH NJW 55, 1677

35) RG DAR 39, 152; RG JW 34, 2769; BGH NJW 55, 1676

geld nicht deshalb ganz abgesprochen werden kann, weil der Schädiger völlig vermögenslos ist.

Der Schuldner kann die Berücksichtigung seiner Vermögensverhältnisse im Rahmen der Zwangsvollstreckung fordern. Hier hat der Gesetzgeber dafür Sorge getragen, daß niemand durch Vollstreckungsmaßnahmen in den Ruin getrieben wird. Würde man die wirtschaftliche Situation des Täters bei der Zumessung des Schmerzensgeldes im Erkenntnisverfahren beachten, würde dies eine Vorverlegung der dem Vollstreckungsschuldner im Vollstreckungsverfahren gegebenen Einwendungen wegen seiner schlechten Vermögenssituation bedeuten. Dies hätte aber eine doppelte Begünstigung des Schädigers zur Folge, denn diesem wäre dann die Möglichkeit gegeben, sich sowohl im Erkenntnisverfahren als auch in der Zwangsvollstreckung um einen Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen zu bemühen und diesen sogar zu erhalten, da in beiden Verfahren in der Regel verschiedene Richter zu entscheiden haben und das im Vollstreckungsverfahren tätige Organ an die Entscheidung des erkennenden Richters nicht gebunden ist[36].

Im übrigen ist auch die Rechtsprechung[37] ihrer Ansicht, die Vermögensverhältnisse des Schädigers müßten bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes beachtet werden, nicht unumschränkt treu geblieben. Immer dann, wenn die Zahlung eines Schmerzensgeldes vom Fiskus gefordert wurde, sollte eine Gegenüberstellung der Vermögensverhältnisse der Beteiligten außer Betracht bleiben. Dies wird damit begründet, daß das fiskalische Vermögen dem öffentlichen, vom Staat zu erfüllenden Zwecken diene. Es handele sich dabei nicht um ein Vermögen im privatwirtschaftlichen Sinne. Das fiskalische Vermögen diene der Allgemeinheit und daher könne sich ein Glied

---

36) vgl. hierzu auch Heimer, S. 77

37) RG JW 1919, S. 920; RGZ 163, 88; BGH NJW 1955, 1677; hierzu zustimmend Deutler, S. 921

dieser Allgemeinheit nicht auf das allen gewidmete Vermögen berufen. Aus diesem Grunde könne weder dann, wenn der Fiskus unmittelbar hafte, noch wenn der Staat anstelle eines Beamten einstehen müsse, das fiskalische Vermögen zur Festsetzung herangezogen werden; im letzteren Falle dürfe auch nicht das Vermögen des Beamten beachtet werden, da ja der Fiskus an seiner Stelle in die Haftung eintrete.

Die von der Rechtsprechung zur Stützung ihrer Ansicht aufgeführten Gründe können nicht überzeugen. Zwar wird mit Recht davon ausgegangen, daß das Staatsvermögen öffentlichen Interessen diene, es ist jedoch nicht ersichtlich, warum diese Eigenschaft des Vermögens Einfluß auf die Höhe der Entschädigung haben soll, die einer Person für die Verletzung ihrer ideellen Rechtsgüter gewährt wird. Eine Sonderbehandlung des fiskalischen Vermögens in dieser Hinsicht ist willkürlich.

Der wahre Grund für die Nichtbeachtung des Staatsvermögens liegt wohl darin, daß andernfalls immer dann, wenn ein Schmerzensgeld gegen den Fiskus festgesetzt werden soll, der ja nahezu unbegrenzt zahlungsfähig ist, dieses enorme Höhen erreichen müßte.

Der Gedanke, die Vermögensverhältnisse des Schädigers zu berücksichtigen, entstammt ebenso wie die Beachtung des Verschuldensgrades dem Strafrecht. Hier ist der Richter vom Gesetzgeber in § 46 II StGB ausdrücklich angewiesen worden, bei der Festsetzung einer Geldstrafe die wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen. Eine Beachtung der Vermögensverhältnisse des Täters ist allein aus dem Sühnegedanken heraus zu rechtfertigen. Nur wer dem Schädiger auferlegt, mit der Zahlung des Schmerzensgeldes eine Sühne für die Verursachung des immateriellen Schadens zu leisten, der muß nach den im Strafrecht geltenden Regeln darauf achten, daß eine gerechte Sühne den Verhältnissen des Täters angemessen sein muß[38].

38) so auch Deutler, S. 119

Wie jedoch bereits aufgezeigt wurde, fehlt dem Schmerzensgeld jeglicher strafrechtliche Charakter und auch durch die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des Schuldners dürfen nicht Gesichtspunkte, die rein poenalen Ursprungs sind, in das Zivilrecht einfließen.
Die Vermögensverhältnisse des Schädigers dürfen daher bei der Bemessung der gem. § 847 zu gewährenden Entschädigungshöhe ebenso wie beim Ersatz von Vermögensschäden keine Beachtung finden.

IV) Die Haftpflichtversicherung des Schädigers und die Festsetzung des Schmerzensgeldes

A) Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre

Die Frage, ob eine Haftpflichtversicherung des Schädigers bei der Festsetzung des Schmerzensgeldanspruches eine Rolle spielen darf, ist immer wieder Gegenstand heftiger Diskussionen in der Literatur gewesen. Auch hier bleibt zu zeigen, daß die konsequente Durchführung der hier vertretenen Auffassung von der Überwindungsfunktion des Schmerzensgeldes auch die Ungereimtheiten der herrschenden Meinung in Bezug auf die Frage, ob das Bestehen einer Haftpflichtversicherung auf die Höhe der Entschädigung einen Einfluß nehmen darf, vermeiden kann.
Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung[39] dem Bestehen einer Haftpflichtversicherung bei der Schmerzensgeldzumessung keine Beachtung geschenkt. Zur Begründung wurde angeführt, daß weder die Versicherungssumme noch der Anspruch des Schädigers auf Freistellung oder Entlastung durch den Versicherer im Augenblick der Festsetzung des Schmerzensgeldes zum Vermögen des Ersatzpflichtigen gehören. Wie sich

---

39) RGZ 63, 104; RGZ 136, 60; RGZ 157, 350; RG JW 37, 3172; RG DR 41, 1298; RG DR 44, 291

aus § 149 VVG ergebe, stehe einer solchen Beachtung der Haftpflichtversicherung deren rechtliche Natur entgegen, denn der Versicherungsträger habe erst dann einzustehen, wenn die dem Schädiger auferlegte Entschädigungsleistung nach der vorliegenden Sachlage festgestellt sei. Da die Zahlung der Versicherung erst die Folge der Haftung des Ersatzpflichtigen sei, könne sie bei der Begründung dieser Haftung nicht berücksichtigt werden. Die Frage, ob und in welcher Höhe der Versicherungsnehmer dem Dritten hafte, betreffe nur das Außenverhältnis und müsse losgelöst von der Frage, ob und in welcher Höhe der Versicherer dem Versicherungsnehmer zur Schadenstragung verpflichtet ist, betrachtet werden; eine Rechtsbeziehung zwischen Geschädigtem und dem Versicherer besteht nicht.

Da die Rechtsprechung jedoch grundsätzlich davon ausging, daß die sonstigen Vermögensverhältnisse des Schädigers zu berücksichtigen seien, führte dies immer dann zu unbilligen Ergebnissen, wenn der Versicherte arm war und daher das Schmerzensgeld entsprechend niedrig bemessen wurde, obwohl dieser angesichts der Versicherung letztlich überhaupt nicht durch die Entschädigungsleistung wirtschaftlich belastet wurde. Die Beachtung der schlechten Vermögensverhältnisse des Schädigers kam so allein dem Versicherer zugute. Aus diesem Grund hat sich als erstes das OLG Köln[40] gegen die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage entschieden. Es verurteilte den Beklagten, an den Kläger ein Schmerzensgeld in Höhe von 1.000 RM zu zahlen, hierfür sollte jedoch die zu seinen Gunsten abgeschlossene Haftpflichtversicherung nur in Höhe von 500 RM haften, denn es sei nicht einzusehen, daß die Leistung der Versicherungsgesellschaft bei einem reichen Versicherungsnehmer höher

---

40) JW 37,1257

sein sollte als bei einem armen, obwohl die Höhe der Prämien und die Art der Versicherung gleich seien.

Gegen die vom RG vertretene Auffassung hat sich auch das OLG Hamburg[41] gewandt und in seinem Urteil die ungünstige Vermögenslage des haftpflichtversicherten Beklagten unbeachtet gelassen. Diese Entscheidung wird damit begründet, daß es unwahr und mit der Würde einer ernsthaften Rechtsfindung nicht vereinbar sei, wenn man aus der Erwägung heraus, daß der Ersatzpflichtige durch die Auferlegung eines für seine Verhältnisse hohen Schmerzensgeldes an den Rand des Ruins gebracht und der Unterhalt für seine Familie gefährdet werde, die Entschädigung entsprechend niedrig festsetze, wenn der Schädiger, da er haftpflichtversichert ist, nicht einen Pfennig aus seiner Tasche zu zahlen brauche.

Das gleiche OLG hat in einer zwei Jahre später getroffenen Entscheidung[42] zwar grundsätzlich daran festgehalten, daß die Billigkeit dem Vermögensvergleich bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes fordere, jedoch seien die Ansprüche des Schädigers aus der Haftpflichtversicherung im Rahmen des § 847 als Vermögensanwartschaft des Schädigers zu werten.

Dieser Meinung ist schließlich auch das Reichsgericht in einem Urteil vom 19.1.1944 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner früheren Ansicht gefolgt. Unter Hinweis auf §§ 158 c ff des Gesetzes vom 7.11.1939[43], das die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter anordnete, führte es in den Gründen an, daß die wirtschaftliche Lage eines Schädigers, der durch Abschluß einer Haftpflichtversicherung davor geschützt sei, in den unter den Versicherungsvertrag fallenden Haftpflichtfällen mit seinem eigenen Vermögen haften zu müssen, günstiger sei, als diejenige eines Schädigers, dessen Einkommen und

---

41) DR 41,389
42) DR 42,1280
43) DR 44,290

Vermögen in Haftungsfällen voll in Anspruch genommen werden könne.

Der BGH hatte die Frage nach der Berücksichtigung einer vom Schädiger abgeschlossenen Haftpflichtversicherung zunächst mit dem Hinweis darauf verneint, daß die Vermögensverhältnisse des Täters generell nicht zu berücksichtigen seien[44]. In der Entscheidung des großen Senats[45] wurde diese Ansicht allerdings wieder aufgegeben und auch die vom Reichsgericht ursprünglich vertretene Ansicht als unrichtig abgelehnt, da sie lediglich auf das Verhältnis zwischen dem Schädiger und dem Haftpflichtversicherer abstelle, während in Wirklichkeit danach zu fragen sei, ob und wie sich die Tatsache, daß der Schädiger haftpflichtversichert sei, auf das Ausmaß seiner Verpflichtung gegenüber dem Geschädigten auswirke. Ein Schädiger, der in Höhe der Versicherungssumme durch den Haftpflichtversicherer von seiner Haftung freigestellt werde, stehe sich wirtschaftlich günstiger als ein Schädiger, der den Schaden aus unerlaubter Handlung allein zu tragen habe.

B) Kritik der herrschenden Meinung

In der Lehre haben zahlreiche Autoren[46] die Berücksichtigung des Umstandes, daß der Schädiger haftpflichtversichert ist, für unvereinbar mit dem Wesen der Haftpflichtversicherung erklärt. Ehrenzweig[47] hat dagegen eingewandt, daß der Haftpflichtversicherer vertragsgemäß nur denjenigen Schaden zu tragen habe, der dem Versicherten zuvor bereits aufgelastet sei. Wenn man das Bestehen einer Haftpflichtversicherung bei der Frage nach dem Umfang der Schadensersatzverbindlichkeit

---

44) s.o. S.
45) a.a.O.
46) Ehrenzweig VersR. 53,80 ff; Thees DJ 41,61ff; Carl, Akad.Z. 37,402 ff; Geigel NJW 54,706; Jacobi RdK 50,44; Walter RdK 36,238; Böttinger DR 44,431; DAR 51,149; VersR. 50,105
47) a.a.O.

berücksichtige, begehe man einen schweren Fehler der Beweisführung. Auch die von der Rechtsprechung[48] gegebene Begründung, aus § 158 c VVG lasse sich die Absicht des Gesetzgebers ersehen, den Schadensersatzanspruch des Verletzten auch bei fehlender Leistungsfähigkeit des Schädigers sicherzustellen, sei nicht überzeugend. Wie sich aus § 158 c Abs. 5 VVG ergebe, stehe dem Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer kein unmittelbarer Anspruch zu. Nach der Gesetzesbegründung stehe ein solches Recht der Natur des Haftpflichtverhältnisses entgegen. Diese Natur des Haftpflichtverhältnisses verbiete aber in gleicher Weise eine Ausdehnung der Haftung des Versicherers auf ein Schmerzensgeld, das seiner Höhe nach dem Versicherungsnehmer selbst nicht zugemutet werden könne.

Hierzu weist auch Thees[49] darauf hin, daß es nicht Ziel der Novelle des VVG gewesen sei, die Ansprüche des Geschädigten zu erhöhen, sondern lediglich die Sicherstellung seiner Ansprüche bezweckt war. Der Gesetzgeber habe den Bestrebungen, die Haftpflichtversicherung in einer Art Unfallfremdversicherung umzufunktionieren, ablehnend gegenübergestanden und habe deshalb nicht den Weg eines unmittelbaren Anspruchs des Geschädigten gegen den Haftpflichtversicherer, sondern eine komplizierte Fiktion gewählt, durch die das Bestehen einer Haftpflichtversicherung zugunsten des Geschädigten fingiert werde.

Gegen eine Berücksichtigung des Bestehens einer Haftpflichtversicherung ist auch einzuwenden, daß eine aufgrund dieser Tatsache besonders reichliche Bemessung des Schmerzensgeldes von der Gesamtheit der Versicherten mitgetragen werden müßte. Die Versicherung wäre auf diese Weise binnen kurzer Zeit ge-

---

48) so RG DR 44,290; OLG Hamburg DR 42,1261
49) a.a.O.

zwungen, die Versicherungsprämien zu erhöhen[50]. Es kann auch nicht angehen, wegen des gesteigerten Risikos einen wohlhabenden Haftpflichtversicherten mit einem Prämienaufschlag zu belegen; zudem liegt es im Interesse der Versicherer, für jeden Versicherungsnehmer eine einheitliche Kalkulationsbasis zu haben[51].

Auch wenn man - entgegen der von Verfasser vertretenen Meinung - die Vermögensverhältnisse grundsätzlich beachten will, sind die Bedenken gegen die Berücksichtigung einer Haftpflichtversicherung doch überaus schwerwiegend. Denn dort, wo die Vermögensverhältnisse des Ersatzpflichtigen haftungsbegründendes Element sind, funktioniert eine solche Beachtung die Haftpflichtversicherung zu einer Unfallversicherung zu Gunsten eines eventuell Geschädigten um. Die Haftpflichtversicherung kann aber niemals zum haftungsbegründenden Umstand werden, sondern das Bestehen einer Haftpflichtversicherung kann nur dazu führen, daß eine Herabsetzung des Schmerzensgeldes wegen der konkreten schlechten wirtschaftlichen Vermögenslage des Schädigers unterbleibt; es kann also lediglich eine Haftungsreduzierung ausgeschlossen sein. All die aufgezeigten Schwierigkeiten finden ihren Ursprung in der, wie oben gezeigt, unrichtigen These, daß bei der Bemessung des Schmerzensgeldes die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten und somit auch die Vermögensverhältnisse des Schädigers zu beachten seien. Nach der hier vertretenen Ansicht dürfen aber diese subjektiv persönlichen Elemente bei der Bemessung ohnehin keine Rolle spielen, so daß auch eine bestehende Haftpflichtversicherung außer Betracht bleiben muß.

---

50) Böttinger, a.a.O.; Thees, a.a.O.
51) Köndgen, S. 66

v) Unberechtigte Zahlungsverweigerung des Versicherers und die Festsetzung des Schmerzensgeldes

Überaus problematisch erscheint auch der von der Rechtsprechung eingeschlagene Weg, einen höheren Schmerzensgeldbetrag zuzusprechen, wenn die zur Zahlung verpflichtete Haftpflichtversicherung nicht gleich freiwillig bezahlt, sondern erst die gerichtliche Klärung ihrer Schadensersatzpflicht abgewartet hat.

Während das Reichsgericht[52] die seelische Aufregung eines Prozesses nur dann berücksichtigte, wenn sie die durch die Verletzung entstandene Krankheit verschlimmert hat, vertritt der BGH[53] die Ansicht, daß die psychische Belastung allein schon Anlaß geben kann, ein höheres Schmerzensgeld festzusetzen. So wurde in einem Falle[54], in dem die beklagte Versicherung durch die Einholung mehrerer Gutachten über den Gesundheitszustand des Verletzten den Prozeß in die Länge gezogen hat, die Prozeßbelastung als schmerzerhöhender Faktor gewertet.

In einem anderen Falle, bei dem der Haftpflichtversicherer die Zahlung des Schmerzensgeldes über ein Jahr lang verweigert hatte, da er den Ausgang des parallel anhängigen Strafverfahrens abwarten wollte, hielt das OLG Karlsruhe[55] eine Erhöhung des Schmerzensgeldes wegen der unberechtigten Zahlungsverweigerung von rund 10.000 DM für angebracht. Diese Entscheidung wird damit begründet, daß den Versicherungen die öffentliche Aufgabe zugewiesen sei, den Verletzten nicht nur vollständig, sondern vor allem auch rechtzeitig und unverzüglich zu entschädigen. Der Versicherer dürfe nicht einseitig von den Behauptungen seines Versicherungsnehmers

---

52) RGZ 75,19 ff
53) BGH Vers. 60,401; BGH VersR. 61,703, so auch OLG Celle, NJW 68,1677
54) BGH, a.a.O.
55) NJW 73,851

ausgehen und sich dadurch den für ihn günstigsten Rechtsstandpunkt heraussuchen. Dies sei pflichtwidrig; der Versicherer müsse sich an Hand einer objektiven Prognose über den Ausgang des Rechtstreits orientieren und sein Verhalten danach ausrichten. Dies fordere das in Art. 20 GG normierte Sozialstaatsprinzip.

Auf diese Weise bezieht die Judikatur Umstände in die Schmerzensgeldfestsetzung ein, die mit dem erlittenen Schaden nichts mehr zu tun haben. Die Haftpflichtversicherung wird so davon abgehalten, den Rechtsweg zu beschreiten und ihr wird das Recht beschnitten, das im konkreten Fall angemessene Schmerzensgeld auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege, nämlich durch eine richterliche Ermessensentscheidung, festsetzen zu lassen. Geht der Versicherer dennoch vor Gericht, so ist von vornherein die prozessuale Waffengleichheit nicht mehr gewährleistet; dies jedoch widerspricht den Grundsätzen des Zivilprozesses[56].

Im Übrigen besteht auch kein Anlaß für eine möglichst schnelle Auszahlung des Schmerzensgeldes, wenn es dem Haftpflichtversicherer andererseits ohne Risiko gestattet ist, wegen der Vermögensschäden den Rechtsweg voll auszuschöpfen. Überdies ist zu beachten, daß der Geschädigte durch die Nichterstattung seines materiellen Schadens viel eher in eine wirtschaftliche Notlage geraten kann, als durch das Warten auf sein Schmerzensgeld.

VI) Die Vermögensverhältnisse des Geschädigten als Kriterium für die Festsetzung des Schmerzensgeldes

A) Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Lehre

Auch die Frage, ob bei der Schmerzensgeldfestsetzung die

---

56) so auch Honsell, VersR. 1974,206

Vermögensverhältnisse des Geschädigten zu beachten sind, ist in der Literatur umstritten.

In der Rechtsprechung wird meist nur allgemein davon gesprochen, daß die persönlichen Verhältnisse beider Teile zu berücksichtigen seien. Nur in wenigen Entscheidungen wird eine konkrete Aussage darüber getroffen, ob die Vermögensverhältnisse des Verletzten eine Rolle spielen dürfen. So rügt das Reichsgericht[57] in einer Entscheidung lediglich, daß in der Tatsacheninstanz eine Feststellung der Vermögensverhältnisse beider Parteien unterblieben sei; es sagt allerdings nicht, welche Folgerungen hieraus gezogen werden müßten. In einer anderen Entscheidung vertritt das Reichsgericht[58] die Ansicht, daß es zulässig sei, einem Verletzten, dessen Vermögensverhältnisse gut seien, einen geringeren Schmerzensgeldbetrag zuzubilligen, weil er mehr besitze als der Täter. In einem weiteren Urteil des Reichsgerichts[59] wird ausgeführt, daß die Entschädigung unbillig sei, wenn die günstige Vermögenslage des Verletzten zu seinen Gunsten berücksichtigt werde; es sei im allgemeinen davon auszugehen, daß Angehörige verschiedener sozialer Schichten den durch eine Gesundheitsschädigung verursachten immateriellen Schaden gleich schwer empfänden.

In der Lehre wollen einige Autoren den Lebensstandard des Geschädigten berücksichtigt wissen, da einem Verletzten in bescheidenen Verhältnissen in der Regel ein Ausgleich mit geringeren Geldmitteln beschafft werden könne, als einem Verletzten in günstiger wirtschaftlicher Lage[60].

Auch der BGH hält es nicht für ausgeschlossen, daß im Einzelfall der höhere Lebensstandard des Verletzten zu einer Erhöhung des Schmerzensgeldes führen kann[61].

---

57) RG JW 33, 830 Nr. 6 205 ff
58) RG im Recht 15 Nr. 1546; ebenso OLG Köln in JW 37, 1257
59) RG JW 25, 2599 Nr. 11
60) Geelhaar, DAR 54, 4 ff; Geigel, NJW 54, 707; Wussow, DRZ 1950, 273 ff
61) BGHZ 18, 159

B) Kritik der herrschenden Meinung

Hiergegen hat sich insbesondere Seydel[62] gewandt. Er will die Vermögensverhältnisse des Geschädigten bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes unberücksichtigt lassen, um zu einer "objektiven Bemessung" des Schmerzensgeldes zu gelangen. Man müsse beim Ersatz des immateriellen Schadens versuchen, zu einer objektiven Bestimmung des Schadens zu kommen. Es dürfe daher nicht auf der einen Seite eine gleichgültige Bedürfnislosigkeit zugunsten des Schädigers bewertet werden, ebensowenig sei es andererseits angebracht, luxuriöse Launen des Geschädigten zu bezahlen, nur weil diese aufgrund des höheren Lebensstandards des Verletzten einen angemessenen Ausgleich geben. Es könne nicht angehen, daß der arbeitslose Hilfsarbeiter 50 DM als Schmerzensgeld erhalte, da es für ihn genüge, zum Ausgleich für die erlittenen Schmerzen mit der Straßenbahn ins Grüne zu fahren, während andererseits der Wohlhabende die Kosten einer Reise an die Adria erhalten müsse, da nur diese ihm einen angemessenen Ausgleich gebe.

Die Rücksichtnahme auf die Vermögensverhältnisse des Geschädigten ist die notwendige Konsequenz der reinen Wiedergutmachungstheorie, die es als Funktion des Schmerzensgeldes ansieht, bei dem Geschädigten lustbetonte Reaktionen hervorzurufen[63]. Da jedoch der subjektive Wert einer Geldsumme und damit auch die Dauer und die Intensität des Lustgefühls, das durch die Zusprechung einer solchen Geldsumme hervorgerufen wird, je nach den Vermögensverhältnissen verschieden ist, ist es nur folgerichtig, diese für die Festsetzung der Summe als Maßstab heranzuziehen.

Der in dieser Arbeit in den Vordergrund gestellte Überwindungs-

---

62) Seydel, NJW 54, 1017 ff
63) s.o. S. 151 ff

gedanke, der dem Schmerzensgeld lediglich die Funktion einer materiellen Beihilfe zuweist, mit deren Unterstützung der Verletzte den Abbau seiner subjektiven Lebenshemmung betreiben soll, fordert keine Beachtung der Vermögensverhältnisse des Verletzten, da diese im Hinblick auf den bezweckten Erfolg wertneutral sind. Für die Überwindung des durch die Verletzung eines immateriellen Rechtsgutes verursachten Nichtvermögensschadens kann es nicht darauf ankommen, wieviel Geld der Geschädigte hat, da der subjektive Wert des Geldes für den Verletzten keine Rolle spielen darf. Das Schmerzensgeld, das dem Verletzten bloße Hilfestellung zur Bewältigung seines Leidens gibt, steht zu dem vorhandenen Vermögen des Verletzten in keinem Verhältnis. Die Tatsache, daß der Geschädigte auch leicht aus eigenen Mitteln alles tun könnte, um seine unlustbetonte Reaktion abzubauen und hierfür zusätzlicher wirtschaftlicher Mittel gar nicht bedarf, kann ebensowenig eine Rolle spielen wie der Umstand, daß der Geschädigte aufgrund seiner guten Vermögensverhältnisse erhöhte Ansprüche an das Leben stellt. Es ist zwar richtig, daß die zugesprochene Geldsumme dem wohlhabenden Geschädigten nicht in gleichem Maße wirtschaftliche Freiheit verschafft wie dem Armen, denn dieser braucht sie zur Überwindung seiner Lebenshemmung, jener hat sie ohnehin. Die Gewährung des Schmerzensgeldes bewirkt aber bei dem wohlhabenden Geschädigten die gleiche Entlastung wie bei dem Armen, er braucht zur Überwindung seiner Lebenshemmung nicht seine eigenen wirtschaftlichen Mittel aufzuwenden, und dies ist entscheidend[64]. Maßgebend für die Festsetzung des Schmerzensgeldes ist daher allein die Schwere des Kampfes, den der Verletzte bei der Überwindung der durch die Verletzung eingetretenen subjektiven Lebenshemmung zu bestreiten hat.

---

64) Rem6 S. 94

Dieser bestimmt sich aber lediglich nach dem Ausmaß des seelischen Leidens, der Schwere der Verletzung sowie der verbleibenden Entstellung, der Art und dem Grad der erlittenen Unbill und der Einbuße an Lebensfreude. In erster Linie sind also die Folgen des schädigenden Ereignisses für die Festsetzung der Entschädigung maßgebend. Hierbei können sowohl das Geschlecht als auch das Alter des Geschädigten eine Rolle spielen, ebenso können die familiären Verhältnisse und der Beruf des Verletzten von Bedeutung sein[65]. Der Richter hat daher in jedem Falle zu prüfen, welche materielle Hilfe für den Verletzten erforderlich ist, um ihn durch die Verschaffung zusätzlicher wirtschaftlicher und persönlicher Freiheit in die Lage zu versetzen, "den Abbau seiner unlustbetonten Reaktionen zu betreiben". Insbesondere in den Fällen der Körperverletzung und der Gesundheitsbeeinträchtigung kann der Richter einen medizinischen Sachverständigen hinzuziehen, dessen Aufgabe es ist, die nach dem Ausmaß der Gesundheitsbeeinträchtigung für die Überwindung oder Reduzierung der subjektiven Lebenshemmung objektiv erfaßbaren Faktoren darzustellen[66].

---

65) vgl. hierzu die Ausführungen bei v. Beauvais S. 257 ff; Eickhoff, S. 100 ff; Remé, S. 94; Günther, S. 107 ff,

66) s.o. S. 170 ff

7. Kapitel

Überlegungen de lege ferenda

In den vorangegangenen Erörterungen wurde gezeigt, daß der Ersatz des immateriellen Schadens im geltenden Recht Anlaß zu überaus kontrovers geführten Diskussionen gab. Gerade die Frage nach der Funktion des Schmerzensgeldes und die damit verbundenen Probleme um den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts führten immer wieder zur Kritik an der bestehenden gesetzlichen Regelung.

I) Die Ansicht des 42. Deutschen Juristentages

Schon im Jahre 1957 befaßte sich der 42. Deutsche Juristentag mit der Frage, ob, nachdem das Grundgesetz den Persönlichkeitsschutz zu einem seiner tragenden Gedanken erhoben hatte, noch an der in § 847 getroffenen rechtspolitischen Entscheidung festgehalten werden könne[1].

Die Verhandlungen führten zum Ergebnis, daß eine gesetzliche Neuregelung als vordringlich empfohlen wurde. Es wurden folgende Beschlüsse gefaßt:

"1. Der Deutsche Juristentag sieht mit Sorge, daß die Achtung vor der menschlichen Persönlichkeit insbesondere durch sensationelle Berichte über das Privatleben und durch heimliche Tonbandaufnahmen sowie Abhören von Gesprächen untergraben wird.

2. Der Juristentag begrüßt es daher, daß die Rechtsprechung und die Rechtswissenschaft in steigendem Maße der Persönlichkeit zivilrechtlichen Schutz gewähren. Die gesetzliche Grundlage dafür ist in den Artikeln 1 und 2 GG und in dem Artikel 8 der in der Bundesrepublik geltenden Konvention des Europarates zum Schutze der Menschenrechte gegeben.

3. Der Juristentag hält gleichwohl auf die Dauer eine umfassende gesetzliche Regelung für erwünscht, um

---

1) vgl. hierzu auch Referentenentwurf S. 150

die Rechtspflicht zur Achtung der Persönlichkeit der Allgemeinheit bewußt zu machen.

4. Zum wirksamen Schutz des Persönlichkeitsrechts ist es notwendig, daß dem Verletzten auch für den immateriellen Schaden eine Geldentschädigung zugebilligt werden kann. Da die Frage, ob dies nach geltendem Recht möglich ist, umstritten ist, wird als vordringlich eine entsprechende gesetzliche Regelung empfohlen.

5. Der strafrechtliche Schutz reicht nicht aus, eine ergänzende gesetzliche Regelung wird als dringend notwendig empfohlen."

Diese Empfehlung wurde vom Bundesjustizministerium aufgegriffen und führte zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschutzes[2]. In Art. 1 Nr. 6 dieses Entwurfes war für § 847 folgender Wortlaut vorgesehen:

"Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld einschließlich einer Genugtuung für die erlittene Unbill verlangen; dies gilt nicht, soweit eine Herstellung im Sinne des § 249 möglich und genügend oder soweit dem Verletzten Genugtuung in anderer Weise als durch Geld geleistet ist; eine unerhebliche Verletzung bleibt außer Betracht. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach den Umständen, insbesondere nach der Schwere der Verletzung und des Verschuldens.
Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist."

Dieser Gesetzesentwurf wurde zwar Mitte des Jahres 1959 dem dritten deutschen Bundestag vorgelegt, wurde jedoch nicht als Gesetz verabschiedet.

II) Die Ansicht des 45. Deutschen Juristentags.

Im Jahre 1964 wählte der 45. Deutsche Juristentag erneut die Frage, ob es empfehlenswert sei, den Ersatz immaterieller Schäden gesetzlich neu zu regeln, zum Thema der zivilrecht-

2) Bundestagsdrucksache Nr. 1237, 3. Wahlperiode

lichen Abteilung. Die Verhandlungen führten zu folgenden Beschlüssen:

"Nach Ansicht der bürgerlich-rechtlichen Abteilung ist der Ersatz des immateriellen Schadens im Bürgerlichen Gesetzbuch unzureichend geregelt. Die Rechtsprechung des BGH über den Ersatz immateriellen Schadens auch bei Persönlichkeitsverletzungen wurde von den Teilnehmern im Ergebnis begrüßt. Aus Gründen der Rechtsklarheit und mit Rücksicht auf die gegen diese Rechtsprechung erhobenen Bedenken wurde jedoch eine gesetzliche Regelung für wünschenswert gehalten. Bei dieser Regelung sollte nach Ansicht der Teilnehmer auch berücksichtigt werden, daß auch noch in anderer Richtung die Erweiterung der Verpflichtung zum Geldersatz für immateriellen Schaden zu erstreben ist. Die bürgerlich-rechtliche Abteilung kam zu folgenden Vorschlägen:

1. Die bisherige Regelung, daß in den in § 847 BGB genannten Fällen, insbesondere bei Körperverletzung und Gesundheitsbeschädigung, stets ein angemessenes Schmerzensgeld zuzubilligen ist, soll beibehalten werden. Darüberhinaus sollte in diesen Fällen der Schmerzensgeldanspruch auch bei schuldhafter Vertragsverletzung zuerkannt werden. Auch eine Ausdehnung auf die Fälle der Gefährdungshaftung erscheint grundsätzlich angezeigt; jedoch bedürfen hier die Auswirkungen einer solchen Neuregelung, auch im Hinblick auf die gesetzlichen Haftungshöchstbeträge, noch näherer Prüfung. Es soll ferner erwogen werden, ob in Fällen der Tötung den Angehörigen des Getöteten ein Schmerzensgeld zu gewähren ist.

2. Bei der Verletzung sonstiger Persönlichkeitsgüter soll Geldersatz für immateriellen Schaden gefordert werden können, wenn die Schwere der Verletzung es rechtfertigt. Das gilt nicht, soweit eine Behebung des Schadens in anderer Weise als durch Geldzahlung möglich ist. Dabei sollte angestrebt werden, die Behelfe des wiederherstellenden Rechtsschutzes auszubauen.

3. Der Genugtuungsgedanke ist bei der Bemessung des Geldersatzes für immateriellen Schaden gegebenenfalls mit zu berücksichtigen.

4. Die Vorschrift des § 1300 BGB (sog. Kranzgeld) sollte aufgehoben werden, da durch den Vorschlag zur Entschädigungsleistung wegen schwerer Persönlichkeitsverletzung die wirklich schutzwürdigen Fälle bereits erfaßt werden."[3)]

---

3) Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentags Karlsruhe 1964 II C 127

III) Der Entwurf von 1967

In einem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums aus dem Jahre 1967 wurde schließlich vorgeschlagen, den §§ 823 I und 847 BGB folgende neue Fassung zu geben:

§ 823 I: "Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit oder die Ehre eines anderen oder in sonstiger Weise einen anderen in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Das gleiche gilt für den, der vorsätzlich oder fahrlässig das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt."

§ 847 : "Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld einschließlich einer Genugtuung für die erlittene Unbill verlangen; dies gilt nicht, soweit eine Herstellung im Sinne des § 249 möglich und genügend oder soweit dem Verletzten Genugtuung in anderer Weise als durch Geld geleistet ist; eine unerhebliche Verletzung bleibt außer Betracht. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach den Umständen, insbesondere nach der Schwere der Verletzung und des Verschuldens.

(2) Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist." [4]

Zur Begründung dieser vorgeschlagenen Neuregelung wird ausgeführt[5], daß man im Einklang mit der nunmehr gefestigten Rechtsprechung eine Übereinstimmung zwischen geschriebenem und wirklichem Recht herbeiführen wollte. Aus diesem Grunde sei es auch erforderlich gewesen, klarzustellen, daß dem Schmerzensgeld eine doppelte Funktion zukomme, wie dies der große Zivilsenat des BGH im Beschluß vom 6.7.55[6] entschieden habe;

---

4) Referentenentwurf I, S. 3
5) Referentenentwurf II, S. 153 ff
6) a.a.O.

das Schmerzensgeld habe nämlich einmal die Aufgabe, dem Geschädigten einen Ausgleich für die erlittenen Lebens- oder Persönlichkeitsminderung zu bieten, und dazu, ihm eine Genugtuung für das erlittene Unrecht zu verschaffen. Beide Gesichtspunkte seien bei der Bemessung der Entschädigung zu berücksichtigen.
Die Ausgleichsfunktion der Geldentschädigung müsse dafür Sorge tragen, daß dem Verletzten für die entgangene oder beeinträchtigte Lebensfreude ein angemessener Ersatz geleistet werde, in seiner Genugtuungsfunktion solle der Geldersatz die erlittene seelische Kränkung ausgleichen.

IV) Kritik des Entwurfs von 1967

Der Referentenentwurf schließt sich konsequent der vom BGH vertretenen Theorie von der Mischfunktion des Schmerzensgeldes an und fügt der Ausgleichsfunktion den Genugtuungsgedanken bei. Dies bedeutet jedoch im Ergebnis nichts anderes, als daß die von der Rechtsprechung ganz allmählich zum Faktum unserer Rechtswirklichkeit gemachte Wiedereinführung der Privatstrafe nun auch vom Gesetzgeber legalisiert werden soll. Hiervor kann jedoch aus den oben angeführten Gründen[7] nicht eindringlich genug gewarnt werden. Die hierdurch eintretende Repoenalisierung, durch die das von ihren Befürwortern angestrebte Ziel, das Rechtsgefühl des Verletzten auf der Basis des Sühnegedankens zu beeinflussen, nach dem heutigen Stand der Aggressionsforschung gar nicht erreicht werden kann, hätte zur Folge, daß einem privaten Vergeltungsstreben, gemischt mit eigener Gewinnsucht, der Weg bereitet würde. Die aus der Inkommensurabilität des Nichtvermögensschadens entstehende Besonderheit verlangt nicht zwingend die Einführung des Genugtuungsgedankens. Ein richtiges Ver-

---

7) s.o. S. 151 ff

ständnis der durch den Überwindungsgedanken modifizierten Wiedergutmachungsfunktion zeigt, daß sowohl der psychische als auch der physische Schmerz bei dem Verletzten dadurch einen wirtschaftlichen Bedarf erzeugen, daß dieser sich zur Überwindung seiner Beeinträchtigung mit den hierzu erforderlichen Mitteln versorgen muß[8].

Der Referentenentwurf muß sich den Vorwurf gefallen lassen, einen dogmatisch unhaltbaren, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten und schon immer kritisierten Rechtzustand zum Gesetz erheben zu wollen.

In dogmatische Schwierigkeiten geraten die Verfasser des Entwurfs bei dem ebenfalls in der Neuregelung zum Ausdruck gekommenen Vorhaben, den Schmerzensgeldanspruch auf die wichtigsten Fälle der Gefährdungshaftung auszudehnen[9]. Diese Absicht, der bedenkenlos zugestimmt werden kann, verträgt sich selbstverständlich nicht mit dem Genugtuungsgedanken, der eine schuldhaft begangene unerlaubte Handlung voraussetzt. Aus diesem Grunde wird in der Begründung des Entwurfs angeführt, daß der Genugtuungsgesichtspunkt dann ausscheiden müsse, wenn ein Schmerzensgeld ohne Rücksicht auf ein Verschulden gewährt werde, was in allen Fällen der Gefährdungshaftung möglich sein solle[10].

Diese Aufgabe des Genugtuungsgedankens in Fällen der Gefährdungshaftung muß aber zu einer Zweigleisigkeit des Schmerzensgeldrechtes führen, die der allgemeinen Konzeption des Entwurfes widerspricht. Durch die Schaffung eines zweispurigen Schmerzensgeldrechtes, das den durch schuldhafte Handlung Verletzten ein Schmerzensgeld mit Genugtuungszuschlag zubilligt, dem Opfer eines Gefährdungstatbestandes mit gleichen Verletzungen jedoch einen geringeren Betrag, wird das Generalziel des Referentenentwurfes, die Erleichterung und Ver-

---

8) Köndgen, S. 130
9) vgl. hierzu Köndgen, S. 171 ff
10) v. Caemmerer, S. 22 ff; Deutsch VersR. 1971, 1 ff; Koetz AcP 170 36

einfachung des Haftungsrechts, in Frage gestellt. Jedes Unfallopfer wird nämlich zunächst versuchen, dem Schädiger eine schuldhaft begangene, rechtswidrige unerlaubte Handlung nachzuweisen, um so unter Zugrundelegung einer "deliktischen" Anspruchsgrundlage das um den Genugtuungsbetrag erhöhte Schmerzensgeld zu erhalten. Ein solches "Procedere", das dem Anspruchsteller im Zivilprozeß aufgrund der Dispositionsmaxime unbenommen bleiben muß, würde aber keineswegs dazu führen, daß nun bei Einführung eines Schmerzensgeldes auch bei Gefährdungshaftung die Gerichtspraxis von dem oft langwierigen und schwierigen zu entscheidenden Streit um das Vorliegen eines Verschuldens befreit wäre, wie dies von dem Referentenentwurf beabsichtigt wurde. Es würde im Gegenteil alles beim alten bleiben und erst dann, wenn dem Geschädigten der Verschuldensnachweis nicht gelingt, käme als subsidiärer Haftungsgrund der entsprechende Gefährdungshaftungstatbestand in Betracht. Eine deutliche Erleichterung für die Gerichtspraxis und eine Verbesserung des heutigen Rechtszustandes kann auf diesem Wege nicht geschaffen werden. Der Verwirklichung dieses Zieles steht der in § 847 des Entwurfs aufgenommene Genugtuungsgedanke entgegen. Aus diesem Grunde können die theoretischen und praktischen Probleme, die sich bei einer Neuregelung des Schmerzensgeldanspruchs de lege ferenda stellen, nur durch eine vollständige Eliminierung der Genugtuungsfunktion aus dem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch gelöst werden[11].

Will man, was auch nach der hier vertretenen Ansicht als durchaus zulässig erscheint, an dem Genugtuungsgedanken für bestimmte Fälle - wie beispielsweise der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts - festhalten, so muß er als poenales Element seinen Platz im Strafrecht finden. Auch wenn man aus kriminalpolitischer Sicht für eine Entlastung des

---

11) Köndgen, S. 150

Strafrechts und eine Entkriminalisierung von Bagatelldelikten plädiert, so wird eine solche Kriminalpolitik leicht unglaubwürdig, wenn das, was der Strafgesetzgeber nicht als strafwürdig erachtet und daher straflos läßt, im Zivilrecht seine poenale Erledigung findet[12].

Einzig und allein dadurch, daß der Ersatz sowohl materieller als auch immaterieller Schäden dem Bürgerlichen Recht und eine Durchsetzung dieser Ersatzansprüche dem Zivilprozeßrecht zugeordnet, die Genugtuung dagegen im Strafrecht angesiedelt und im Strafprozeß durchgesetzt wird, erreicht man die von unserer Rechtsordnung geforderte exakte Grenzziehung zwischen beiden Rechtsgebieten.

Eine systemgerechte Einordnung des Genugtuungsgedankens in unsere Rechtsordnung sollte daher in der Weise erfolgen, daß dort, wo der poenale Schutz der menschlichen Persönlichkeit nicht ausreichend gewährleistet ist, de lege ferenda diese Lücke geschlossen wird, nämlich im Strafgesetzbuch[13].

---

12) Hirsch, a.a.O. S. 324

13) siehe hierzu auch Niemeyer, S. 179 ff